

UiO : **Det juridiske fakultet**

Opphavsmannens enerett til offentlig fremføring av verket

Kandidatnummer: 737

Leveringsfrist: 2. mai 2013

Antall ord: 17 579



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Et praktisk eksempel.....	1
1.2	Tema og problemstilling.....	3
1.3	Avgrensning.....	3
1.4	Den videre fremstilling.....	4
2	OVERSIKT OVER RELEVANTE RETTSKILDER.....	5
2.1	Norske kilder	5
2.2	Nordisk rett	6
2.3	EU-rett	7
2.4	Internasjonal rett	8
3	TILGJENGELIGGJØRINGSBEGREPET	9
3.1	Innledning.....	9
3.2	Tolkning.....	9
3.3	Omfanget av tilgjengeliggjøringsretten	12
3.4	Betydningen av åndsverkslovens oppregning av de handlinger som anses som tilgjengeliggjøring	12
3.5	Tilgjengeliggjøring ved utlegging av verk på internett	15
4	OFFENTLIG FREMFØRING	16
4.1	Fremføringsbegrepet.....	16
4.1.1	Innledning	16
4.1.2	Direkte fremføring	19
4.1.3	Indirekte fremføring	20
4.2	Utlegging av verk i datanett som eventuell fremføring.....	21
4.3	Overføring som underkategori til fremføringsbegrepet.....	23

4.4	Linking som eventuell krenkelse av eneretten til fremføring.....	25
4.4.1	Når har linking vært ansett som fremføring?	25
4.4.2	Ulik konklusjon på linkingsspørsmålet i Europa	28
4.4.3	Spesialitetsprinsippet til hinder for at utlegging av materialet på internett skal anses som et samtykke til linking	30
4.4.4	Linking som medvirkning til opphavsrettskrenkelse	32
4.5	Forholdet mellom legalitetsprinsippet og en vid tolkning av fremføringsbegrepet ..	34
4.6	Forholdet mellom ytringsfriheten og opphavsmannens enerett til fremføring	36
4.7	Fremføring med tekniske hjelpemidler.....	37
4.8	EU-direktivene og øvrige internasjonale avtalers forhold til fremføringsretten	40
4.9	Spørsmål om konsumpsjon av fremføringsretten	42
4.10	Hvilke handlinger anses ikke som fremføring?	42
4.11	Grensen for fremføringsrett opp mot visningsretten	44
5	OFFENTLIG VERSUS PRIVAT FREMFØRING.....	47
5.1	Momenter av betydning for skillet mellom offentlig eller privat fremføring.....	47
5.1.1	Særlig om privat bruk.....	49
5.2	Grensene for offentlig og privat fremføring trukket opp av rettspraksis.....	50
5.2.1	Offentlig fremføring ved musikkavspilling på arbeidsplasser, taxi, foreninger og klubber	50
5.2.2	Offentlig fremføring i relasjon til video og TV-utsendelser	55
5.2.3	Offentlig fremføring i relasjon til utplassering av TV-apparater eller radio på hotellrom	56
5.2.4	EU-domstolens ”Tannlegedom” – et skritt i en annen retning?.....	59
5.2.5	Bakgrunn for ulike konklusjoner vedrørende offentlighetsspørsmålet for EU- domtolen i Tannlegedommen og Rafael Hotelsdommen	61
5.3	Internasjonale synspunkter på skillet mellom offentlig og privat fremføring	62
6	AVSLUTNING.....	63
7	REGISTER.....	65

7.1	Norske kilder	65
7.1.1	Lover	65
7.1.2	Forarbeider	65
7.1.3	Rettspraksis	65
7.2	Nordiske kilder	66
7.2.1	Lover	66
7.2.2	Forarbeider	66
7.2.3	Rettspraksis	66
7.3	Rettspraksis fra EU-domstolen	67
7.4	Annen europeisk rettspraksis	67
7.5	Direktiver	67
7.6	Traktater	67
7.7	Bøker og artikler	68
7.8	Nettsider	69

1 Innledning

1.1 Et praktisk eksempel

Artisten Kurt Nelsen holder en konsert i Oslo Spektrum. Per sitter blant publikum og filmer store deler av konserten med smarttelefonen sin. Dagen etter bestemmer Per seg for å laste opp videoklippet på Youtube. Videoklippet får mange seere, og Lise som ikke deltok på konserten, liker videoen så godt at hun linker direkte til Youtubevideoen slik at den spilles av med en gang noen klikker på linken fra bloggen fotballfrøken.no. Markeds- og utviklingssjefen Sigurd i Thoner hotell ser også klippet på Youtube og laster opptaket ned på PC-en sin hjemme. Han legger så opptaket på en programliste TV-ene på hotellrommene på Thoner hotell. På denne måten kan gjestene selv velge å sette på opptaket på TV-en om de har lyst til det, gjennom on-demand tjenesten som tilbys på hotellrommene. Tannlegen Bernard driver sin egen lille privatklinikk i Lillevik og finner også klippet av Kurts konsert på Youtube. Han har et konverteringsprogram på PC-en sin som omgjør youtubevideoer til musikkfiler, og benytter dette for å lage en "Live Kurt Nelsen plate" for å spille av på venteværelset på tannlegekontoret. Bernard betaler ikke vederlag til TONO eller avklarer dette med Kurt først.

Kurt blir rasende når han finner opptak fra konserten sin både på youtube, på fotballfrøken.no sin blogg og når han besøker Thoner hotell. Dessuten hørte han av en kamerat som var på tannlegebesøk at live-sanger fra konserten ble spilt av der. Kurt hevder at denne bruken er ulovlig fordi den ikke er avklart med han. Per mener at klippet kan lastes opp på Youtube, siden han var på konserten og betalte billett. Konserten var dermed allerede fremført av Kurt. Per mente han hadde betalt en rådyr billettpris for å se konserten, og at det var opp til han hva han valgte å gjøre med materialet han hadde betalt for. Lise hevdet at når noe først var lagt ut på internett ligger dette i internettets frisone, og at hennes ytringsfrihet som bloggeren fotballfrøken.no ikke kunne innskrenkes. Dessuten kunne det ikke være ulovlig å linke til en så stor og velkjent nettside som Youtube. I tillegg hevdet Lise at bloggen hennes kun ble lest av noen få personer som var familie eller gode venner, og derfor

var det som var lagt ut på bloggen innenfor hennes private sfære. Linken var derfor ikke offentlig. Sigurd på sin side var også helt sikker på at han hadde lov til å legge ut filmen på programlisten på Thoner hotellets gjesterom. Sigurd mente det var personen som hadde lagt ut klippet på Youtube som hadde ansvaret for at dette var gjort på en lovlig måte. Han mente at han kunne legge ut klippet slik at gjestene kunne se dette når de selv ønsket det. På denne måten var ikke hans handling (å tilby opptaket på Tv-ene) og gjestenes eventuelle ønske om å se klippet nær hverandre i tid, og det var derfor ikke en fremføring fra Sigurds side. Bernard mente at det å spille av musikk på et tannlegekontor ikke var offentlig fremføring og falt ikke under Kurts enerett. Tannlegeklinikken ville neppe bli noe mer populær grunnet musikken, og var kun ment for å skape et hyggelig ventemiljø for de som ventet på tannlegebesøk, hevdet Bernard.

Kurt bestred alle anførselene og fremhevet at linken fra fotballfrøken ikke kunne anses som en ytring som var vernet etter EMK og Grunnlovens regler om ytringsfrihet. Han mente dessuten at det var klart at både videoavspillingen på Thoner hotellrommene og musikkavspillingen på tannlegekontoret gikk ut på akkurat det samme og krenket hans enerett.

Dette scenarioet reiser mange ulike juridiske spørsmål. Må Kurt samtykke hver gang noen skal bruke hans materiale? Kan Per ta opp konserten på sin mobiltelefon og legge det ut på Youtube? Er linkingen fra bloggen fotballfrøken.no lovlig? Vil dette uansett være lovlig siden bloggen har så få lesere? Er en link en ytring som er vernet etter EMK og Grunnloven? Kan Sigurd laste ned opptaket fra Youtube og gi gjestene på hotellrommene på Thoner hotellene tilgang gjennom et on-demand TV-program? Kan Bernard omgjøre videoen til en CD og spille denne av på venteværelset til tannlegekontoret sitt? I denne fremstillingen vil blant annet disse spørsmålene bli drøftet. Få av dem har et klart svar og resultatet kan være ulikt etter hvilket lands regler det opereres med.

Eksempelet er i sin helhet funnet på.

1.2 Tema og problemstilling

Når noen skaper et åndsverk vil vedkommende få ideelle og økonomiske enerettigheter til det som er skapt. Det er loven om opphavsrett til åndsverk av 12.mai.1961 nr. 2 (heretter åvl) som først og fremst regulerer de norske reglene om dette. Denne oppgaven vil omhandle opphavsmannens enerett til offentlig fremføring av verket. Hensikten med oppgaven er å belyse rekkevidden og omfanget av eneretten til offentlig fremføring, særlig med tanke på at ny teknologi har gjort det lettere å krenke opphavsmannens enerett ved å tilgjengeliggjøre verket på internett og gjennom andre tekniske anordninger.

I de siste årene har det skjedd store teknologiske utviklinger. Internett utviklet seg først og fremst på 90-tallet til å bli en viktig kanal for informasjonsspredning, kommunikasjon og handel. Denne utviklingen kunne ikke lovgiverne forutse da loven ble til i 1961. Dette har medført at åndsverksloven i mange henseender er vanskelig å anvende i en tidsalder med teknologisk utvikling som vi nå er inne i. En måte som er brukt til å utrykke dette på er at *”digitaliseringen medfører et press på den tradisjonelle opphavsretten”*.¹ Det er langt lettere å spre, kopiere og manipulere åndsverk med ny teknologi.

Opphavsmannens enerett til fremføring av verket fremgår av åvl § 2 (2) litra c. Selv om skapere av åndsverk kan være både menn og kvinner brukes for enkelthetens skyld begrepet «opphavsmann» i denne fremstillingen.

1.3 Avgrensning

Opphavsmannens økonomiske rettigheter er delt opp i henholdsvis eksemplarfremstillingsretten og tilgjengeliggjøringsretten i åndsverksloven § 2 (1). Fremføringsretten er en av måtene opphavsmannen kan gjøre verket tilgjengelig på, og hører dermed under tilgjengeliggjøringsretten. De to andre tilgjengelighetskategoriene er sprednings- og visningsretten. Disse vil jeg kun behandle der det er nødvendig for å se skillet mellom de tre kategoriene.

¹ Wagle/Ødegård, Opphavsrett i en digital verden (1997) s. 63

Oppgaven vil kun omfatte offentlig fremføring. Denne avgrensingen er tatt fordi fremføringsretten ikke er eksemplarbunden og den er gjenstand for ekspansiv tolkning i nordisk rett og i EU-retten. Dessuten er grensene og omfanget av fremføringsretten uklare, og de reiser mange spennende problemstillinger. Den direkte fremføringsretten er ikke gjenstand for særlige problemstillinger, og vil derfor kun bli kort omtalt i pkt 4.1.2. Oppgavens hovedfokus vil dermed ligge på den indirekte fremføringen.

1.4 Den videre fremstilling

Jeg vil først gi en oversikt over relevante rettskilder. Dette har særlig bakgrunn to forhold. For det første medfører det nordiske lovsamarbeidet på opphavsrettens område at særlig svenske og danske rettskilder har større vekt enn de normalt har på andre rettsområder. For det andre finnes en rekke EU-direktiver på opphavsrettens område som er inkorporert i norsk rett, og som medfører at rettspraksis omkring disse har stor vekt. Deretter vil det komme en redegjørelse for tilgjengeliggjøringsbegrepet, som er overkategorien til offentlig fremføring. Hovedfokuset vil ligge på redegjørelsen av fremføringsbegrepet og grensene for hva som anses som offentlig fremføring. Her vil en rekke uklare problemstillinger reises som hvorvidt linking er offentlig fremføring, fremføringsbegrepets forhold til ytringsfriheten og legalitetsprinsippet, grensen mellom visning og fremføring. Også grensen mellom offentlig og privat fremføring vil omtales. Jeg vil avslutte med en oppsummering og forsøke å svare på spørsmålene som var stilt i det praktiske eksempelet i starten av oppgaven.

2 Oversikt over relevante rettskilder

2.1 Norske kilder

I denne oppgaven vil *Lov om opphavsrett til åndsverk*² ha en sentral rolle.

Åndsverksloven har vært endret en rekke ganger. Først og fremst har de opprinnelige forarbeidene relevans, men disse er gamle og ble skrevet før den teknologiske utviklingen. Også de senere forarbeidene til endringslovene vil ha vekt ved vurderingen av fremføringsbegrepet der de berører dette.³

Selvsagt vil også rettspraksis, særlig fra Høyesterett, men også praksis fra underrettene behandles. Det foreligger noen få nyere dommer fra Høyesterett om fremføringsbegrepet, særlig Napsterdommen.⁴ Av underrettspraksis vil blant annet Pitbullterjedommen og Kabelnettdommen fra lagmannsretten bli omtalt.⁵

For øvrig vil juridisk litteratur være relevant for problemstillingen. Tidsskriftet Nordisk Immaterialt Rättsskydd (heretter NIR) er anerkjent innenfor immaterialretten. Høyesterett har i noen avgjørelser vist til artikler som er publisert i NIR.⁶ Artikler publisert i NIR blir derfor ofte referert til, da det er vanlig å tillegge disse vekt i immaterialrettsmiljøet. Artiklenes vekt vil variere i forhold til hvor anerkjent forfatteren av artikkelen er, hvorvidt standpunktet er kritisert eller omtalt senere og ettersom hvorvidt rettspraksis i etterkant har tatt stilling til tolkningene i denne litteraturen.

² Av 12.mai.1961 nr. 2. (heretter åvl)

³ NUT 1950-1, Ot.prp.nr.26 (1959-60), Ot. Prp nr. 46 (2004-2005) s. 140, Prop. 65 L (2012-2013) (Prop. 65 L (2012) ble vedtatt av stortinget 29.04.2013 jf. <http://www.stemvenstre.no/> og <http://www.itavisen.no/nyheter/ny-ndsverkllov-vedtatt-60271>)

⁴ Rt. 2005 s. 41

⁵ RG.2008 s. 193, LG-1994 s. 1093

⁶ Se Rt. 2005 s. 41 på side 43

2.2 Nordisk rett

Nordisk Lovkommisjon ble dannet i 1939 av Norge, Sverige, Danmark, Finland og Island fordi det var et ønske om nordisk rettsenhet på opphavsrettsområdet.⁷ I Norge ble resultatet av arbeidet i kommisjonen Åndsverksloven.

I forarbeidene til endringer i åndsverksloven uttaler departementet at *”Det er av sentral betydning å beholde nordisk rettsenhet i så stor grad som mulig”*.⁸ At hensynet til nordisk rettsenhet skal tillegges vekt vises også i rettspraksis og juridisk teori.⁹

Den svenske og den danske opphavsrettsloven er svært lik den norske opphavsrettsloven.¹⁰ Den svenske loven har derimot også tatt med begrepet «overføring» som en egen rådgivningskategori, slik at dette tolkes selvstendig fra fremføringsbegrepet. I Norge og i Danmark er derimot overføringsretten innfortolket i fremføringsbegrepet.

Nordisk rettspraksis, fra de øvrige nordiske land enn Norge, har etter alminnelig rettskildelære en viss vekt ved avgjørelse av norske rettsspørsmål.¹¹ Uansett vil vekten av denne praksisen avhenge av hvilket felt det er tale om. På opphavsrettens område vil rettspraksis fra nordiske domstoler ha særlig stor vekt på grunn av ønsket om nordisk rettsenhet på området.

På bakgrunn av det tette nordiske samarbeidet på opphavsrettsområdet vil også nordisk litteratur, fra andre land enn Norge, være relevant for problemstillingen, og blir ofte brukt i oppgaven.

⁷Ot. Prp nr. 26 (1959-60) s. 4

⁸ Ot.prp nr. 46 (2004-2005) s.12

⁹ F.eks Rt. 2005 s. 41 (premiss 53), Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 177.

¹⁰ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, Opphavsretsloven av 27.februar.2010 nr. 202

¹¹ Se Eckhoff/Helgesen, Rettskildelære (2001) s. 291

2.3 EU-rett

I EU er det vedtatt til sammen åtte direktiver på opphavsrettens område. Med unntak av hitteverksdirektivet¹² og endringer i vernetidsdirektivet¹³ er alle gjennomført i norsk lovgiving og det er varslet at det vil komme nye direktiver på området.¹⁴

EUs rettspraksis som omhandler tolkningen av disse direktivene vil i realiteten ha stor vekt på opphavsrettens område. Det er allikevel omdiskutert hvor stor vekt som skal legges på praksis fra EU-domstolen og i hvor stor grad denne praksisen er bindende for Norge (som ikke er en del av EU, men av EFTA, og tilknyttet EU gjennom EØS-avtalen).¹⁵

Norge har gjennom EØS-avtalen forpliktet seg til å ta særlig hensyn til avgjørelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen i saker som faller innenfor avtalens område.¹⁶ Siden Norge er en dualistisk stat, kreves det en gjennomføringsakt (ofte i form av inkorporasjon) for at EU-retten skal få relevans for det norske rettsspørsmålet på området. Allikevel vil ofte presumsjonsprinsippet komme inn og medføre at norsk rett presumeres til å overensstemme med EU-retten selv der det ikke er foretatt en spesifikk gjennomføringsakt.¹⁷ Et sterkt presumsjonsprinsipp ovenfor EU-retten kan også innfortolkes i lojalitetsprinsippet.¹⁸

Høyesterett har uttalt en rekke ganger at praksis fra EU-domstolen må tillegges stor rettskildemessig vekt.¹⁹ Det er også fastslått at EØS-retten skal ha forrang i EØS-lovens § 2.²⁰

¹² Direktiv 28/2012 EU

¹³ Endringsdirektiv 77/2011 EU

¹⁴ Se Prop 65 L (2012-2013) s.7

¹⁵ Rui, Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale avgjørelser?, Rættferd Årgang 32 (2009) nr 3/126 s.107

¹⁶ Jfr. EØS avtalens art. 105 (2)

¹⁷ Se EØS-rett, Sejersted et.al. 3.utg (2011) s. 265

¹⁸ Nedfelt i TEU art 4 (3).

¹⁹ Bl.a. Rt.2012 s. 1062 avsnitt 68 og 69 (Tripp Trapp), Rt. 1997 s.1954 på s. 1969, Rt. 2001 s. 391 på s. 395-396.

Da avgjørelsene fra EU-domstolen ofte i stor grad fastslår innholdet i EØS-reglene blir resultatet som regel at disse får avgjørende vekt på bekostning av norske kilder.

Det er en rekke direktiver som er inkorporert i norsk rett som omhandler opphavsrett. Avgjørelser fra EU-domstolen vedrørende tolkningen av disse direktivene vil uansett tillegges betydelig vekt av Høyesterett.

2.4 Internasjonal rett

Bernkonvensjonen med WIPO avtalene (WIPO Copyright Treaty(WCT), og WIPO Performances and Phonograms Treaty(WPPT)) er internasjonale avtaler Norge har ratifisert og gjennomført i norsk rett, og vil derfor være av relevans for problemstillingen. Disse konvensjonene fastsetter ofte et minimumsnivå av rettigheter for opphavsmannen, og EU-direktivene bygger videre på disse. Dermed er det ofte slik at disse kildene ikke har innhold som medfører en endring i tolkningen av fremføringsretten, og kommer inn som underliggende bakgrunnsrett.

²⁰ Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) av 27.11.1992 nr. 109

3 Tilgjengeliggjøringsbegrepet

3.1 Innledning

For at det skal bli tale om at opphavsmannen har en enerett til tilgjengeliggjøring, som er en del av opphavsmannens økonomiske rettigheter, må det som er skapt være vernet som «verk» etter opphavsrettslovens § 1. Verket må dermed være innen det litterære, kunstneriske eller vitenskapelige område, det må være skapt og det må være et åndsverk. Det er tradisjon for å tolke verkshøydekravet inn i åndsverksbegrepet. Kravet til verkshøyde er ofte omtalt som et krav om en «original og individuelt preget åndsvirksomhet».²¹ Innholdet i verkshøydekravet vil variere etter hvilket type verk som vurderes. Dersom det som er skapt har verkshøyde, og er et ”verk” i opphavsrettslig forstand vil dette medføre at opphavsmannen har enerett på de økonomiske rettighetene til dette, herunder blant annet tilgjengeliggjøring.

3.2 Tolkning

Lovens ordlyd i åvl § 2 lyder:

«Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i denne lov, enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk.

Som fremstilling av eksemplar regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket
Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når

a)eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten,

b)eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller

c)verket fremføres offentlig.

²¹ Knoph, Åndsretten (1936), s. 64 jfr. Ot. Prp nr. 26 (1959-60) s. 12

Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket».

Opphavsmannens økonomiske rettigheter er altså, som tidligere nevnt, inndelt i eksemplar-fremstillingsretten og tilgjengeliggjøringsretten. Tilgjengeliggjøringsbegrepet har således tre underliggende rådighetskategorier; spredning, visning og fremføring som fremgår av lovteksten. Disse har ulike unntak eller avgrensninger til seg.

I innstillingen av 1939 til åndsverksloven heter det at:

*«Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for almenheten omfatter likeledes en hvilken som helst måte hvorved almenheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høytaler jfr. Knoph s. 92-93».*²²

Innstillingen var skrevet med bakgrunn i Utkastet til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk § 2 der det fremgikk at *«Opphavsretten er en ved denne lov avgrenset til å råde over verket ved å fremstille eksemplarer og gjøre det tilgjengelig for almenheten... Like ved fremstilling av eksemplarer regnes overføring til innretninger som kan gjengi verket».*²³

Lovutkastet skiller altså ikke mellom spredning, visning og fremføring. I utkastet er derimot begrepet overføring tatt med. Da loven skulle tre i kraft vel 20 år etter at innstillingen var ferdig valgte lovgiver og ikke ta med overføringsbegrepet. Det er interessant å se at overføring nå innfortolkes i tilgjengeliggjøringsbegrepet under fremføringsbegrepet, men at Sverige har valgt å endre sin lovgiving etter Infosoc-direktivets inntreden til å ha med overføring som en egen rådighetskategori.

²² NUT-1950-1 s. 11

²³ NUT 1950-1 s. 3

Knoph skrev at *«Åndsretten bare kan utnyttes ved å meddeles til andre, som derved får adgang til å bli kjent med verkets tanke- eller stemningsinnhold. Hvis opphavsmannen derfor får eneretten til å gjøre dette, har han fått så full en ophavsrett han overhodet kan forlange»*.²⁴ Med dette tror jeg Knoph mener at det er meddelelsen og responsen fra andre som betyr noe for skaperen av et verk. Dersom opphavsmannen kun hadde sittet hjemme og benyttet verket selv ville ikke dette medført like stor glede som å meddele det til andre. Dette vil selvsagt avhenge av type verk, og ikke minst på opphavsmann som har skapt verket.

Tilgjengeliggjøringsbegrepet er i følge forarbeidene helt teknologinøytralt.²⁵ Rettspraksis har også understreket dette poenget.²⁶ Med dette menes at hvordan type teknologi som blir brukt til å formidle verket (f.eks data, internett, lysbilder, film, musikk, trådløst, trådbundne overføringer, på papir osv) er uten betydning for spørsmålet om hvorvidt det er en tilgjengeliggjøring. Høyesterett har uttalt om tilgjengeliggjøringsbegrepet at *”Tilgjengeliggjøring omfatter enhver måte å gjøre allmennheten tilgjengelig for allmennheten på”*.²⁷ Slik jeg tolker tilgjengeliggjøringsbegrepet vil det i første rekke innebære det å bringe verket frem til et sted, reelt eller virtuelt, der personer kan skaffe seg tilgang til dette som omfattes av begrepet.

²⁴ Knoph, Åndsretten 1936, s. 86

²⁵ Se Ot. Prp nr 46 (2004-2005) s. 19, Prop 65 L (2012-2013),

²⁶ Rt. 2005 s. 41 avsnitt 42

²⁷ Rt. 2005 s. 41

3.3 Omfanget av tilgjengeliggjøringsretten

I odelstingspropisjonen fra 1959 omtales tilgjengeliggjøringsretten som:

*«Det siktes med dette uttrykk ikke bare til første gangs utgiving, fremføring osv. Det er så å forstå at et verk «gjøres tilgjengelig for almenheten» **hver enkelt gang det blir fremført utstilt, kringkastet eller på annen måte gjengitt** (min utheving)».*²⁸

Det som er spesielt med eneretten til tilgjengeliggjøring er altså at hver eneste gang verket skal gjøres tilgjengelig for andre er det som hovedregel opphavsmannen som må utføre, eller samtykke til dette. Det er altså ikke bare første gangs tilgjengeliggjøring, men enhver tilgjengeliggjøring som ligger under hans råderett. Bakgrunnen for en slik regel er nok at det er den som har skapt verket som skal ha den fulle mulighet til å rå over hvordan, hvor, når, på hvilken måte verket skal kunne komme andre til kunnskap.

Enhver sprednings-, visnings- eller fremføringshandling faller innenfor § 2, men dette er ikke ensbetydende med at disse er omfattet av opphavsmannens enerett. Grunnet konsumpsjonsreglene i åvl § 19 og 20 er hovedregelen heller for spredning- og visningshandling at eneretten kun omfatter første gangs utnyttelse. For fremføringsretten er derimot hovedregelen at enhver fremføring vil være omfattet av opphavsmannens enerett.

3.4 Betydningen av åndsverkslovens oppregning av de handlinger som anses som tilgjengeliggjøring

Som nevnt oppgir åndsverkslovens § 2 (3) at «*Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når...*» og oppgir videre tre ulike former. Det har vært diskutert hvorvidt denne oppregningen skal anses som uttømmende, eller om den bare er ment som en eksemplifikasjon.

I henhold til forarbeidene omtales tilgjengeliggjøringskategoriene først som ”*De eksempler som her er nevnt, representerer tre hovedgrupper...*”.²⁹ Slik jeg tolker dette tyder det på at

²⁸ Ot.prp nr. 26 (1959-1960) s.16

kategoriene kun er eksempler og de vanligste gruppene av tilgjengeliggjøringshandlinger, men at de ikke er uttømmende. Senere i det samme avsnittet i forarbeidene brukes uttrykket ” *Det vil derfor være praktisk å drøfte hver for seg de tre grupper av måter som åndsverk kan gjøres tilgjengelig for allmennheten på* ”.³⁰ Også dette uttrykket tolker jeg som ganske bastant på at det finnes tre grupper, og ingen flere, av tilgjengeliggjøringshandlinger. Forarbeidene sår dermed tvil om hvorvidt loven skal tolkes som uttømmende.

Rognstad spør også om underkategoriene gir uttrykk for en uttømmende oppregning av de handlinger som skal anses som tilgjengeliggjøring.³¹ Han fremhever også den ambivalente ordbruken i 1961-forarbeidene. Videre viser han til at det gis uttrykk for at oppregningen i tredje ledd ikke er uttømmende i høringsutkastet til lovendringen i 2005, men at dette ikke blir noe nærmere forklart i høringsutkastet.

Rognstad hevder videre at også i Napsterdommen (som jeg kommer tilbake til senere) gir Høyesterett uttrykk for en oppfatning om at oppregningen ikke er uttømmende. Førstvoterende slår fast at tredje ledd ikke er ment som noen legaldefinisjon av «tilgjengeliggjøring for allmennheten».³² Til dette synspunktet fremhever Rognstad at «*Oppfatningen begrunnes med uttalelsen i 1961-forarbeidene om at retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten omfatter enhver måte å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten på. Denne uttalelsen er i midlertidig neppe til hinder for å forstå tredje ledd som en legaldefinisjon og oppregningen av beføyelser som uttømmende. Forutsetningen er at man legger den naturlige språklige forståelsen av uttrykkene spredning, visning og fremføring på strekk og tolker dem i lys av at eneretten omfatter alle slags måter å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten på*».³³ Rognstad mener også at Høyesterett i Napsterdommen går for langt i

²⁹ Ot.prp nr 26 (1959-60 s. 16

³⁰ Ot.prp nr 26 (1959-60 s. 16

³¹ Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 156

³² Rt. 2005 s. 41

³³ Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 156

retning av å neglisjere betydningen av klassifiseringen av tilgjengeliggjøringshandlinger i tredje ledd.³⁴

Etter min mening ville nok resultatet blitt det samme uansett hvilken modell som velges å legge til grunn. Den ene løsningen er å følge Rognstads modell og kalle spredning visning og fremføring for legaldefinisjoner av tilgjengeliggjøring og legge disse på strekk. Den andre løsningen er å følge Høyesteretts modell i Napsterdommen og kalle det for tilgjengeliggjøring uansett, der det avgjørende er om verket faktisk blir tilgjengeliggjort for allmennheten.

I den nye proposisjon om forslag til nye endringer i åndsverksloven av 2013 oppstilles det ikke et skille mellom henholdsvis spredning, visning og fremføringsretten.³⁵ Proposisjonen omtaler kun tilgjengeliggjøring som en helhet. Begrepet «fremføring» er ikke nevnt et sted på de 100 sidene proposisjonen består av. I og med at de ulike underkategoriene har såpass ulike avgrensinger, mener jeg at det i mange henseender er viktig å kunne plassere tilgjengeliggjøringshandlingen i en underliggende kategori. Å skille mellom hvordan type tilgjengeliggjøring som foreligger er avgjørende fordi det kun er de to øvrige tilgjengeliggjøringsformene som kan konsumeres. Etter min mening burde derfor departementet ha skilt mellom de ulike tilgjengeliggjøringskategoriene i proposisjonen.

Denne diskusjonen viser at det er uklart hvorvidt åndsverksloven oppgir en uttømmende oppregning av de handlinger som anses som tilregneliggjøring. Med tanke på Høyesteretts uttalelse, som nevnt over, om at paragrafen ikke er ment som en legaldefinisjon og at en helt ny stortingsproposisjon ikke tar opp skillet er min konklusjon at åndsverksloven antagelig ikke inneholder en uttømmende liste av hva som skal regnes som tilgjengeliggjøring i § 2.

³⁴ Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på internett”, NIR 2005-4 s. 345

³⁵ Prop. 65. L (2012-2013)

3.5 Tilgjengeliggjøring ved utlegging av verk på internett

En aktuell problemstilling er hvilken begivenhet som medfører at et verk blir tilgjengeliggjort dersom det legges ut på nett. Spørsmålet er ikke drøftet i norsk rettspraksis eller litteratur.

I svensk litteratur tar Olsson opp dette spørsmålet.³⁶ Han stiller spørsmål om til hvilket tidspunkt verket skal anses tilgjengeliggjort dersom det legges ut på internett. Han hevder at det utvilsomt foreligger et skille mellom å på den ene side få tilgang til materialet gjennom linker eller søkemotorer som google og på den andre side i de tilfeller der personen må ha kjennskap til en spesifikk adresse for å ha tilgang til verket. Olsson begrunner dette med at Stockholms Tingrett i en avgjørelse fra 2003 om ulovlig kopiering av en programkode og etablering av en nettavis med artikler fra et annet tidsskrift.³⁷ Retten kom frem til at innhold av verk, som bare er tilgjengelige via internett for de som har kunnskap om en spesifikk nettadresse og ikke via søkemotorer eller linker, kun anses som tilgjengeliggjort der adressen faktisk er kjent i videre kretser. Tingretten hentet dette synspunktet fra juridisk litteratur og bygget avgjørelsen på dette.³⁸ Tingretten kom til at det beskyttede materialet ikke var gjort tilgjengelig for allmennheten, da det ikke var kjent i en vid krets.

Først må jeg påpeke at slik jeg ser det går ikke Olssons diskusjon eller Tingrettsdommen ut på tidfestingen av tilgjengeliggjøringen, slik Olsson hevder. Denne diskusjonen omhandler hvilken begivenhet som medfører at verket er tilgjengeliggjort, og jeg synes ikke at Olssons begrepsbruk passer. Etter min mening er det muligens ikke så «utvilsomt» som Olsson hevder at det foreligger et skille mellom nettsider personen kan finne gjennom søkemotorer og nettsider personen må vite den spesifikke nettadressen til fra før av. For det første vil jeg ikke si at en Tingrettsdom som begrunner skillet i en bok om praktisk IT-rett danner tilstrekkelig grunnlag for å hevde at svaret på dette spørsmålet nå er avklart eller ”utvilsomt”.

³⁶ Olsson, Copyright 8. utg (2009) s. 89

³⁷ Mål B 6731-00

³⁸ Lindberg/ Westman, Praktisk IT-rätt 3. Opplag (2001) s. 259

For det andre virker skillet noe uklart for meg. Det er svært vanlig at søkemotorer som google kan lete opp de fleste vanlige nettsider. Jeg tror både at det forekommer sjeldent og er vanskelig gjennomførbart å danne nettsider som ingen søkemotorer kan finne. For det tredje vil opphavsmannen heller aldri ha en garanti for at kretsen som kjenner til nettstedet ikke vil legge ut linker til nettstedet, eller at denne kretsen forblir bestemt og fast over lang tid.

4 Offentlig fremføring

4.1 Fremføringsbegrepet

4.1.1 Innledning

Åvl § 2 har blitt endret siden da den ble til i 1961, i odelstingspropisjonen til endringsloven i 2005 heter det at:

*«All indirekte visning faller inn under fremføringsretten i bokstav c)»*³⁹

Videre heter det at:

*”I fjerde ledd eksemplifiseres hva som faller inn under begrepet offentlig fremføring. Offentlig fremføring omfatter bl.a kringkasting og trådløs/trådbundet overføring til allmennheten, herunder tilgjengeliggjøring på forespørsel. Endringen er ment å gi enkelte praktiske eksempler på hvilke tilgjengeliggjøringsmåter som vil falle inn under begrepet offentlig fremføring, og er ikke uttømmende”.*⁴⁰

I odelstingsproposisjonen av 1959-60 som var de opprinnelige forarbeidene til 1961-loven heter det at:

”En lang rekke av de typer av åndsverk som er nevnt i § 1 er skapt med direkte tanke på fremføring. Når det gjelder visse kategorier av disse som f.eks. filmverk, dramatisk eller

³⁹ Ot.prp nr. 46 (2004-2005) s. 140

⁴⁰ Ot.prp nr. 46 (2004-2005) s. 140

*musikkdramatisk verk, mimiske og koreografiske verk, har fremføringsretten alltid hatt den største betydning. Andre typer av verk var nok skapt med tanke på fremføring, men slik at andre måter å utnytte dem på, da i første rekke utgiving av eksemplar av verket, spilte den største rolle for opphavsmannen. Dette er fremdeles tilfellet med litterære verk og gjaldt tidligere i særlig grad for musikkverk. Men takket være nye tekniske hjelpemidler som kringkasting, høyttaleranlegg, opptaksutstyr, herunder grammofonplater, lydbånd og film, har fremføringsretten for musikkverk nå fått en langt større økonomisk betydning”.*⁴¹

Tidlig på 60-tallet hadde fremføringen utviklet seg til å ta former som man ikke hadde tiltenkt seg på forhånd. Dette var lenge før internettets tidsalder, men også før denne tiden var det en utvikling. Dette viser at fremføringsretten har hatt en stor økonomisk betydning for opphavsmannen i lang tid, og at dette ikke er noe som nylig har skjedd. Allikevel er det klart at fremføringsretten har fått enda større betydning i de siste årene som følge av den teknologiske utviklingen.

Videre i forarbeidene står det at:

*”For enkelte typer av verk har det hittil ikke vært naturlig å tale om fremføring. Det gjelder bildende kunst, arkitektur og brukskunst. Men i og med utviklingen av televisjon og film, er det ikke usannsynlig at slike verk kan komme til å bli brukt på en måte som tidligere var ukjent, og at sider ved åndsverket som tidligere var lite påaktet, kan komme i forgrunnen på en måte som det kan være naturlig å sammenlikne med fremføringsretten til de verk som er omtalt ovenfor. De regler som loven inneholder om fremføring, er imidlertid utformet med tanke på det som i dag naturlig går inn under denne betegnelsen”.*⁴²

Når det analyseres hvordan domstolene i Norge, og i Norden forøvrig, har tolket fremføringsbegrepet er det ganske klart at begrepet tolkes langt utover hva som er en naturlig språklig forståelse. Begrepet ”naturlig” som beskrevet i forarbeidene passer dermed etter

⁴¹ Ot.prp nr 26 (1959-60) s. 16

⁴² Ot.prp nr 26 (1959-60) s. 16

min mening ikke særlig godt ettersom begrepet har utviklet seg og fått et enormt omfang.⁴³ Rognstad hevder også at fremføringsbegrepet i praksis har blitt strukket langt ut over hva som følger av en naturlig språklig forståelse.⁴⁴ Fremføringsretten er som nevnt ikke eksemplarbunden. I dette ligger at eneretten er knyttet til verket som sådan, og ikke til eksemplaret av det.⁴⁵ Visnings- og spredningsretten er eksemplarbundne rettigheter. Med dette menes at verkenes innhold forbindles gjennom et fysisk, håndfast eksemplar og er uløselig knyttet til dette.

Vyrje hevder at åndsverkslovens regler om fremføring utelukkende er utformet med tanke på hva som ble regnet som fremføring i 1960.⁴⁶ Videre hevder han at man bør være tilbakeholden med å innlemme nye utnyttelsesmåter under den nåværende fremføringsretten.⁴⁷ Dette standpunktet begrunnes ikke nærmere. Det må her tas hensyn til at denne boken var skrevet i 1987, og at utviklingen som har skjedd i etterkant kan endre et slikt synspunkt. Slik jeg tolker rettskildebildet har domstolene i nyere tid tvert imot vært liberale med å innlemme en rekke nye utnyttelsesmåter under fremføringsretten.⁴⁸

Fremføringsretten er inndelt i direkte og indirekte fremføring. Den direkte fremføringsretten omfatter kun «live-fremføringer», mens den indirekte fremføringsretten omfatter alle typer fremføringer som ikke er for et live publikum og er et langt videre begrep med et omfattende og uklart innhold.

⁴³ Ot.prp nr. 26 (1959-60) s. 16

⁴⁴ Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 156

⁴⁵ Ot.prp nr. 46 (2004-2005) s. 20

⁴⁶ Ot. prp nr. 26 1959-60 s. 16

⁴⁷ Vyrje, Opphavsrettens ABC (1987) s. 200

⁴⁸ F.eks Rt.2005 s. 41

4.1.2 Direkte fremføring

Direkte fremføring etter norsk rett omfatter, som nevnt, først og fremst «live-fremføringer» ovenfor et tilstedeværende publikum.⁴⁹

Da Sverige skulle inkorporere Infosocdirektivet endret de loven til å ha fremføring og overføring som to ulike kategorier under tilgjengeliggjøringsbegrepet. Etter svensk rett defineres fremføring i lovens § 2 (3) nr. 2 som:

*«Offentligt framförande innefattar endast sådana fall då verket görs tillgängligt för allmänheten med eller utan användning av ett tekniskt hjälpmedel på samma plats som den där allmänheten kan ta del av verket».*⁵⁰

Fremføringsbegrepet omfatter derfor kun de tilfellene der fremføringen skjer ovenfor et tilstedeværende publikum.⁵¹ Etter svensk rett omfatter fremføringsbegrepet det som «fremförs, uppförs eller utförs».⁵² Levin omtaler fremføringsbegrepet etter svensk rett som at fremføring forutsetter at tilskuerne er nærværende i rommet, hvis ikke vil det være en overføring.⁵³ Begrepet er dermed langt snevrere enn det norske, som også omfatter indirekte fremføring. Olsson bruker et eksempel om at når musikk overføres på radio anses det som overføring til allmennheten, men om det sendes ut via en høyttaler i en restaurant eller i en frisørsalong anses det som fremføring.⁵⁴

Slik jeg ser det, gir disse forklaringene av det direkte fremføringsbegrepet et bilde av fremføring slik mannen i gata forstår begrepet. Det er først og fremst slike handlinger det er

⁴⁹ Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 176

⁵⁰ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

⁵¹ Olsson, Copyright 8. opplag (2009) s. 97

⁵² Olsson, Upphovsrättslagstiftningen, En Kommentar (2009) s. 65

⁵³ Levin, Lärobok i immaterialrätt (2011), s. 141.

⁵⁴ Olsson, Upphovsrättslagstiftningen, En Kommentar (2009) s. 65

naturlig å tenke seg til at er en fremføring. Det er derfor litt spesielt at direkte fremføring bare utgjør en liten del av fremføringsretten som et hele i norsk rett.

4.1.3 Indirekte fremføring

Der fremføringen overføres til et publikum som befinner seg et annet sted enn der hvor fremføringen iverksettes, anses dette for å være indirekte fremføring etter norsk rett.⁵⁵

Lund mener det er dekning i forarbeidene til de nordiske opphavsrettslovene å hevde at begrepet «offentlig fremførelse» omfatter enhver tilgjengeliggjøring for allmennheten som ikke består i å spre eller vise eksemplar av verket.⁵⁶ Det kan dermed sies at indirekte fremføring er en ”sekkepost” for tilgjengeliggjøring som verken er spredning eller visning av eksemplar, noe som medfører at det blir fremføringsbegrepet som kommer under press når ny teknologi utvikles.

Wagle og Ødegaard hevder at «*Som offentlig fremføring regnes imidlertid alle tilfellene der ett eller flere verk stilles til rådighet for en ubestemt krets av personer med henblikk på lytting eller iakttakelse i fremføringsform*».⁵⁷ Med denne definisjonen mener jeg det kan oppstå problemer med hvordan begrepet ”fremføringsform” skal tolkes. I og med at grensene for hva som anses som fremføring er så uklare blir også denne definisjonen uklar.

I åvl § 2 (4) sies følgende om hva som skal anses som fremføring:

”Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket”.

⁵⁵ Lund, Begrepet Offentlig fremførelse, NIR 2001-4 s. 608

⁵⁶ Lund, Begrepet Offentlig fremførelse, NIR. 2001-4 side 607

⁵⁷ Wagle/Ødegaard, Opphavsretten i en digital verden (1997), s. 180

Det er sjelden problematisk at kringkasting skal anses som fremføring. Begrepet ” *når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket* ” er muligens å strekke fremføringsbegrepet langt, men dette er gjort av lovgiver. Disse tilfellene er ofte kalt ”on-demand-fremføringer”.

4.2 Utlekking av verk i datanett som eventuell fremføring

I den nye proposisjonen om endringer i opphavsretsloven står det at:

*«Når et verk uten opphavsmannens samtykke legges ut på en nettside som er tilgjengelig for allmennheten, vil det følgelig være et brudd på åndsverkslovens § 2. Hvis det ikke foreligger samtykke eller annet rettslig grunnlag, vil altså selve utleggingen av verket på nett være ulovlig tilgjengeliggjøring i strid med opphavsmannens enerett. Dette gjelder uavhengig av om det skjer noen etterfølgende eksemplarframstilling ved nedlasting av kopi av verket. I opphavsrettslig forstand er dette separate handlinger som må vurderes selvstendig».*⁵⁸

I proposisjonen er, som nevnt, kun begrepet «tilgjengeliggjøring» og ikke fremføring nevnt.

Det som er karakteristisk for verk som er utlagt i datanett er at det er overlatt til publikum å bestemme tid og sted for når tilegnelse skal skje. Tilegnelsen skjer ikke umiddelbart, men ut fra en midlertidig lagring i internminnet til PC-en som blir benyttet.

Torvund mener det er grunn til å sette spørsmålstegn ved hvorvidt det er en korrekt klassifisering å anse tilgjengeliggjøring i datanett som offentlig fremføring.⁵⁹ Denne artikkelen var derimot skrevet i 2008 før proposisjonen, og det kan hevdes at rettstilstanden i større grad er avklart gjennom denne.

⁵⁸ Prop 65 L (2012-2013) s. 8

⁵⁹ Torvund, Enerett til lenking – en keiser uten klær, NIR 2008-5. s. 426

I sin artikkel «Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett» hevder Rognstad, på den annen side, at det er betenkelig å legge til grunn som en forutsetning at filer eller dokumenter, som det ikke er meningen at allmennheten skal få tilgang til, skal anses som tilgjengelige for allmennheten i opphavsrettslig forstand.⁶⁰ Slik jeg tolker Rognstad ser han ut til å mene at data som er gjort tilgjengelig på nett ikke bør anses som tilgjengelig om det i utgangspunktet ikke var hensikten at allmennheten skal ha tilgang til materialet.

Rognstad velger derimot å tolke begrepet «frembys» i åvl § 2 tredje ledd som en retningslinje for hva som ligger i tilgjengeliggjøringsbegrepet.⁶¹ Etter min mening bør «frembys» vilkåret antagelig kun brukes om spredningsretten, siden det ikke er med i tredje ledd bokstav c om fremføringsretten.⁶² Jeg finner heller ingen støtte i forarbeidene eller rettspraksis for å tolke begrepet til og også gjelde for fremføringsretten.

Torvund mener at det skal tas utgangspunkt i om det faktisk er mulig å skaffe seg tilgang til verket gjennom vanlige kanaler når det vurderes hvorvidt et verk er tilgjengeliggjort eller ikke, og at intensjonene kan ikke være det avgjørende for tilgjengeliggjoringsspørsmålet. Dersom det legges vekt på slike subjektive forhold må det ses hen til om tredjemann *har grunn til å tro* at det var meningen å gjøre verket tilgjengelig.⁶³

Etter min mening kan det synes rart å legge til grunn en subjektiv vurdering om hvorvidt tredjemann har grunn til å tro at opphavsmannen har ønsket å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. For det første finner jeg ingen støtte i åndsverkloven forarbeidene eller rettspraksis for et slikt syn. Tvert i mot står det i forarbeidene at tilgjengeliggjøringsbegrepet skal tolkes vidt.⁶⁴ For det andre vil det være svært vanskelig å bevise hva den som ga til-

⁶⁰ Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett NIR 2005-4 s. 351

⁶¹ Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett NIR 2005-4 s. 351

⁶² I samme retning se også Torvund, Enerett til lenking – en keiser uten klær, NIR 2008-5. s. 430

⁶³ Se Torvund, Enerett til lenking – en keiser uten klær, NIR 2008-5. s. 430

⁶⁴ Ot.prp- nr 26 (1959-60 s. 16)

gangen til verket har ment og tenkt om hvorvidt verket ønskes tilgjengeliggjort gjennom utleggingen. For det tredje kan det synes vanskelig å finne klare retningslinjer på hva som gir grunn til å tro at verket er ment å gjøre tilgjengelig. Jeg tenker at spørsmål som: ”Hvilke retningslinjer skal gjelde for ulike typer verk? Hvordan skal det bevises at vedkommende ikke har det subjektive ønsket om å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten?” vil komme dersom en slik tolkning skal legges til grunn.

Jeg tror dermed at en slik tolkning av tilgjengeliggjøringsbegrepet vil skape veldig uklare grenser som er unødvendige. Å operere med en vurdering slik Torvund omtaler der vurderingstemaet er om det er faktisk mulig å få tilgang til verket gjennom vanlige kanaler vil etter min mening være enklere og mer hensiktsmessig.⁶⁵ Det er klart at også her kan grensespørsmål ved tolkningen av «vanlige kanaler» oppstå.

4.3 Overføring som underkategori til fremføringsbegrepet

Overføringsbegrepet har ofte blitt inndelt i underkategoriene aktive overføringer på den ene side og tilrådighetsstillelse på den andre. Aktive overføringer krever en aktivitet fra avsenderen, mens tilrådighetsstillelse krever at mottakeren selv må utvise aktivitet for å få tilgang til verket.

I åvl § 2 (4) er overføring ”i tråd eller trådløst til allmennheten” omfattet av fremføringsretten. I rettspraksis og juridisk teori ser jeg sjelden at overføringskategorien blir spaltet ut fra fremføringsbegrepet. Dette medfører at overføringsretten sjelden blir gjort til gjenstand for særlig diskusjon i norsk rett.

⁶⁵ Torvund, Enerett til lenking – en keiser uten klær, NIR – 2008 nr 5. s. 430

I den svenske opphavsrettsloven er det nemlig enerett til overføring til allmennheten et eget begrep. Begrepet defineres slik i § 2 (3) nr. 1:

*«Detta sker när verket på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Överföring till allmänheten innefattar överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer».*⁶⁶

I svensk litteratur hevder Levin at det avgjørende er om verket gjøres tilgjengelig på et annet sted enn der allmennheten (tilskueren, lytteren) befinner seg.⁶⁷ Overføringsbegrepet gjelder også der personen kan få tilgang på verket på selvvalgt tid og sted (on demand).⁶⁸

Olsson skriver at også overføringsbegrepet (i likhet med tilgjengliggjøringsbegrepet) er teknologinøytralt og gjelder for alle typer av verk.⁶⁹

I kommentarene til den danske ophavsrettsloven på karnov.no av Lindsoug heter det at *«Begrebet overføring til almenheden er en oversættelse af det engelske begreb »communication to the public« i infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Overføring forudsætter et distanceelement, jf. direktivets betragtning nr. 23. Der kan dog ikke siges noget eksakt om kravene til distancen; transmissioner inden for den samme bygning kan betragtes som en overføring. Som eksempler på beføjelser, der indgår i overføringsretten, nævnes udsendelse i radio eller fjernsyn og tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.... Eksemplerne er ikke udtømmende; e-mails henhører f.eks. også under begrebet overføring».*⁷⁰

⁶⁶ «Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk»

⁶⁷ Levin, Lärobok i immaterialrätt (2011), s. 140.

⁶⁸ Levin, Lärobok i immaterialrätt (2011), s. 141.

⁶⁹ Henry Olsson Copyright 8.opplag (2009) s. 90

⁷⁰ http://jura.karnovgroup.dk/document/7000430225/1?frt=U2001%2F1572&versid=197-1-2001#LBKG2010202_NKARO, note nr 32

Også Schønning hevder at forskjellen på fremføring og overføring knytter seg til om det foreligger et distanseelement.⁷¹ Han hevder videre at etter dansk rett er enklere å plassere overføringsretten som en underkategori under fremføringsretten, og at det på den måten blir mer oversiktlig og forståelig enn å ha det som en egen rådighetskategori. Schønning fremhever at ”Transmission af værker i digitale net indebærer ikke eksemplarspredning, men fremførelse jf. 1995-lovmotivene”.⁷²

4.4 Linking som eventuell krenkelse av eneretten til fremføring

4.4.1 Når har linking vært ansett som fremføring?

For å se hvor langt eneretten til offentlig fremføring går, er det nyttig å se hva som anses som en krenkelse.

Det hevdes i dansk litteratur at det er enighet om at det ikke vil være en opphavsrettskrenkelse å linke til en forside.⁷³ Å linke til undersider eller filer som avspilles når det klikkes på linken er dyplinking, og det er her vært større tvil om dette omfattes av opphavsmannens enerett eller ikke. Det ble gjort et stort poeng ut av skillet mellom såkalte ”overflatelinker” og ”dyplinker” i eldre litteratur, men dette er ikke så relevant i dag. Dette har bakgrunn særlig i at Høyesterett i Napsterdommen uttalte at det viktigste var hvordan teknikken virker og ikke hvordan type linke det er snakk om.⁷⁴ Siden å følge linker på nett er en av de viktigste måtene å finne frem til materiale på internett på, er linker ofte omtalt som ”webbens hjerte”.⁷⁵ De som hevder at linking omfattes av opphavsmannens enerett til of-

⁷¹ Schønning, Ophavsrettens grundbegreper, NIR 2003-6 s.529

⁷² Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer 5. utgave (2011), s. 152

⁷³ Schovsbo/Rosenmeier, Immaterialret 2.utgave (2011) s.127

⁷⁴ Rt. 2005 s. 41

⁷⁵ Westman, Länking som upphovsrättslig överföring til allmänheten? SvJT 2012 s. 800

fentlig fremføring begrunner ofte dette i at linken videresender verket på en slik måte at det skjer en sekundær utnyttelse av verket.⁷⁶

I forarbeidene til endringene til § 100 i Grunnloven heter det:

*«For det første kan selve pekeren etter omstendighetene ha en slik funksjon at den er ulovlig i seg selv. For eksempel kan pekeren sies å gjøre et åndsverk «tilgjengelig for almenheten» i strid med opphavsmannens enerett, jf. åndsverkloven § 2 første ledd....I juridisk teori og nordisk rettspraksis synes det å være lagt til grunn at forskjeller i pekerens funksjon ofte vil være avgjørende for ansvarsspørsmålet. Eksempelvis må en antakeligvis skille mellom såkalte overflatepekere, som tar brukeren til en hjemmeside (for eksempel <http://www.vg.no>), og såkalte dype pekere («deep linking»), som typisk overfører brukeren direkte til en datafil (for eksempel en musikkfil)».*⁷⁷

Rettstilstanden på området er uavklart, og rettspraksis spriker i ulike retninger i ulike land.

I en dom av Vestre Landsret i Danmark hadde en mann lagt ut direktelinker til en rekke sanger som lå tilgjengelig på nettet.⁷⁸ Retten uttalte at selv om ikke mannen selv hadde lagt musikken ut på nett uten tillatelse, hadde han selvstendig tilgjengeliggjort verkene gjennom offentlig fremføring når han opprettet direktelinker til musikken jfr. den danske Ophavsretsloven § 2. Retten hevder videre at når mannen ikke hadde tillatelse til denne tilgjengeliggjøringen forelå et brudd på lovens §§ 65 og 66. Utlekking av linker måte derfor sidestilles med offentlig fremføring.

I Newsbootstersaken fra 2003 hadde en mann opprettet en internettjeneste, kalt Newsbooster, som gjenga overskrifter til nyhetsartikler og dyplinker som ga direkte tilgang til

⁷⁶ Westman, Länking som upphovsrättslig överföring til allmänheten? SvJT 2012 s. 800

⁷⁷ St.mld nr. 26 (2003-2004) avsnitt 8.2.6

⁷⁸ U2001/1572

disse.⁷⁹ Danske Høyesterett uttalte at brukeren gjennom å benytte dyplinkene slapp å søke igjennom nettsidene. Retten fant at dyplinkene var i strid med den danske ophavsretslovens § 71 (2) om katalogvern. Dyplinkene var dermed ansett for å være tilgjengeliggjøring av en katalog i strid med § 71 (2). Selv om denne dommen omhandler katalogvernet, vil tolkningen av hva som anses som fremføring fortsatt være relevant for problemstillingen om hva som skal anses for å være opphavsmannens enerett til offentlig fremføring.

I Tommy O saken hadde en mann lagt ut linker til mp3 filer på internett. Det rettslige spørsmålet i saken var hvorvidt han skulle anses for å ha overført slike filer i strid med den svenske opphavsrettslovgivingen.⁸⁰ Högsta Domstolen kom til uten en nærmere drøftelse at linkene måtte anses som tilgjengeliggjøring til allmennheten. Domstolen kom til at et ikke var tale om spredning eller visning men «att bedöma som offentlig framförande».⁸¹ Domstolen ønsket ikke å henføre handlingen under noen av de andre tilgjengelighetskategoriene med hensyn til legalitetsprinsippet. Hvorvidt dette tilfellet lå tilstrekkelig innenfor ordlyden til å ikke kollidere med legalitetsprinsippet for å henføre handlingen innenfor offentlig fremføring blir derimot overhodet ikke drøftet av domstolen.

Dommene ovenfor peker i retning av at dyplinking anes som offentlig fremføring etter dansk og svensk rett.

I Paperboysaken kom tyske Høyesterett til at en nyhetstjenestes dyplinker til avisartikler ikke krenket opphavsmannens tilrådighetsstillelsesrett.⁸² Her ble det lagt vekt på at det ikke var den som ga linker til verkene som stilte verket til rådighet, men de som i første omgang la verket ut på internett. Ved å legge verket ut på internett er avgjørelsen om å la verket flyte rundt i offentligheten allerede tatt. Den tyske Høyesterett mente her at linkene ikke

⁷⁹ U2003/1063

⁸⁰ NJA 2000 s. 292

⁸¹ NJA 2000 s. 292, på s. 302

⁸² GRUR 2003/958, Dom av Bundesgerichtshof 17.07.03, Engelsk resymé: IIC 2004 s. 1097

var annerledes enn henvisninger eller fotnoter i en bok, og dermed var linkingen ikke å anse som offentlig fremføring.

4.4.2 Ulik konklusjon på linkingsspørsmålet i Europa

Den tyske Paperboydommen har klart en annen innfallsvinkel på fremføringsretten enn det nordisk rett ser ut til å ha. Riktignok gjaldt Paperboydommen linker til lovlig utlagte avisartikler. Allikevel virker argumentasjonen til den tyske domstolen som at de har et prinsipielt annet syn på linking, uansett hva det linkes til. Det ser ut til at domstolen tenker at når et verk først er lagt ut på internett er det inne i en frisone der alle brukere kan henvise til andre nettsider om ønskelig.

Westman fremhever at når en sak skal opp til doms er det avgjørende for et korrekt resultat at dommeren forstår den faktiske siden av saken.⁸³ I et digitalt og teknologisk miljø kan de faktiske forholdene være vanskeligere å forstå enn i andre miljøer som det finnes omfattende og langvarig rettspraksis om, og som dommerne er godt kjent med. Det kan derfor hevdes at det er en økt risiko for at de rettslige vurderingene baseres på en uriktig forståelse av de faktiske forholdene. Jeg tenker at dette spesielt kan gjelde for linker, som er teknologisk sett er vanskelig å forstå hvordan fungerer.

Etter min mening kan det kan være gode grunner for å ha et å ha et syn på linking som i Paperboydommen. Internett har enormt mye informasjon og milliarder av brukere. De siste tiår har vi sett en enorm ekspansjon av bruken og mulighetene med internett. Det er antagelig umulig å få et effektivt håndhevingssystem som kontrollerer internettbrukerne på en effektiv måte. Jeg tror det lett kan bli vilkårlig og tilfeldig hvem som blir oppdaget og straffet, og hvem som slipper unna. På en annen side kan det hevdes at det også på andre områder er mange lovbrøtere, men vilkårlig hvem som blir straffet. Jeg hevder ikke at all ferdsel på internett bør være tillatt, men at linking muligens bør anses for å være lovlig når verket

⁸³ Westmann, Länking som upphovsrättslig överföring til allmänheten? SvJT 2012 s. 802

allerede er lagt ut. Jeg mener det er lite hensiktsmessig at internettbrukerne skal måtte foreta en selvstendig legalitetsvurdering av det utlagte materialet og en samtykkeavklaring med opphavsmannen dersom de ønsker å linke til noe som allerede er lagt ut på nett.

En lenke vil ikke gi tilgang til et verk som linken referer til, men gi informasjon om hvor et verk andre har gjort tilgjengelig er. Torvund mener at å tolke lenking som tilgjengeliggjøring og fremføring av verket vil medføre en utvidet anvendelse av åvl § 2 som innebærer at eneretten utvides ut over det som ordlyden og forarbeidene gir holdepunkter for.⁸⁴ Torvund spør videre om hvorfor lenking bør presses under eneretten.

I engelsk litteratur diskuteres også hvorvidt linking skal anses som fremføring. Bentley og Sherman diskuterer linking opp mot en tolkning av infosocdirektivet som også er inkorporert i britisk rett. Sherman og Bentley spør: "Is hyper linking to a work itself a "making available", and if so, do search engines make works available?". Som svar på dette spørsmålet hevder de at:

"Although it might be arguable that hyper-linking makes work available for a new public, and thus might be seen as an act which the copyright owner should be empowered to control, the better view is that the "making available right" is not an appropriate mechanism by which to protect a content-holder's interest in controlling access to different audiences. Most hyper-linking simply makes it easier to locate works which are already available to the public, and it would be unduly constraining to require all links to be authorized. In those relatively rare situations where a link enables broader access to a site than was originally authorized by a content owner, the rules dealing with circumvention of access controls should provide ample protection. Where a person operated a web site with hyper-link files which contained copyright-infringing material, the Federal court of Australia has held that

⁸⁴ Torvund, Enerett til lenking – en keiser uten klær, NIR 2008-5. s. 436

*the hyper-link was not a “making available” but was rather an “authorization” to reproduce the material”.*⁸⁵

Teksten ovenfor viser at forfatterne hevder at selv om linking kan medføre at et større publikum får tilgang til verket, og at opphavsmannen selv kan hevdes å burde ha kontroll med hvor og hvordan hans verk blir henvist til, er det ikke riktig å anse linking som tilgjengelig-gjørning. Dette er fordi linkene som regel bare gjør verket lettere tilgjengelig og kun i sjeldne tilfeller gir en bredere adgang til selve verket.

Selv mener jeg at problemstillingen er vanskelig, og at å finne en entydig og klar regel som vil ramme all type linking på en rettferdig måte er så å si umulig. Dersom jeg måtte falt ned på en konklusjon mener jeg at linking bør være lovlig, og at det eventuelt bør være den første ulovlige utleggingen av materialet på nett som bør rammes.

4.4.3 Spesialitetsprinsippet til hinder for at utlegging av materialet på internett skal anses som et samtykke til linking

Rognstad stiller spørsmålet om utlegging av materialet på nettet anses som et samtykke til at det linkes til materialet.

Den norske opphavsretten opererer med et spesialitetsprinsipp i åndsverksomlovens § 39a som lyder: *”Har opphavsmannen overdratt rett til å bruke verket på en bestemt måte eller ved bestemte midler, har erververen ikke rett til å gjøre det på andre måter eller ved andre midler.”*

Dette går altså ut på at opphavsmannen skal samtykke til enhver form for utnyttelse. Et samtykke til en utnyttelsesform tolkes ikke som et samtykke for en annen type utnyttelses-

⁸⁵ Sherman, Bentley, Intellectual Property Law 3th edition (2009), s. 151

form.⁸⁶ Det kan dermed spørres om spesialitetsprinsippet er til hinder for å forstå utlegging av materiale på internett som et samtykke til linking til materialet. Et slikt implisitt samtykke kalles en samtykkepresumsjon. Samtykke til linking presumeres altså ut fra samtykket til at verket i første tilfellet legges ut. Rognstad stiller seg utenforstående til denne forståelsen i sin artikkel «Opphavsrettslig ansvar for linker på internett».⁸⁷ Det kan derimot være problemer med å tolke rekkevidden av det implisitte samtykket til linking.

Spesialitetsprinsippet har som hensikt å verne opphavsmannen, da han er ansett som den svake part. Opphavsretten er også preget av et sterkt bånd mellom opphavsmannen og verket han skaper. Dette tilsier at opphavsmannen bør ha en viss kontroll og medbestemmelse over bruken og utnyttelsen av verket, noe som særlig kommer frem i en overdragelsessituasjon. I tillegg spiller også det økonomiske hensyn inn, nemlig at han selv bør få høste fruktene av sin innsats. Hensynet til opphavsmannen som den svake part, det personlige bånd og det økonomiske hensyn begrunner spesialitetsprinsippet.⁸⁸

Slik jeg ser det må det analyseres om disse hensynene blir krenket dersom utlegging av materiale på nett skal anses som et samtykke til linking. Når opphavsmannen først har ønsket å legge ut verket på nett åpner en helt ny verden av tilskuere seg. Dersom det ikke skulle være mulig for andre å linke til dette, ville det etter min mening være kunstig. Opphavsmannen har antagelig lagt det ut på nett etter ønske om at andre skal kunne oppleve verket. En linking vil bare medføre at flere brukere enklere vil få tilgang på det samme materialet. Jeg kan dermed ikke se at noen av de tre grunnleggende hensynene bak spesialitetsprinsippet blir krenket som følge av at samtykke presumeres.

⁸⁶ Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 130

⁸⁷ Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på internett, NIR 2005-4, s. 358

⁸⁸ Aktuell Immaterialrett, Gundersen et. al (2008) s. 298-398 (av Røynås)

I den tyske Paperboydommen blir det fremhevet at de som høster fordeler av internett som informasjonsmedium også må tåle eventuelle ulemper som følger av dette.⁸⁹ Dette synspunktet synes jeg er svært godt. Min konklusjon må derfor den samme som Rognstads som er at spesialitetsprinsippet ikke kan være til hinder for å innfortolke en samtykkepresumisjon.

4.4.4 Linking som medvirkning til opphavsrettskrenkelse

En opphavsrettskrenkelse går ut på at en handling er utført av andre enn opphavsmannen som har trådt hans enerettigheter for nær. Det gis et bilde av hvor grensene til eneretten til fremføring går ved å se på tilfellene der denne anses som krenket.

I forarbeidene til endringene i Grunnlovens § 100 diskuteres linking og medvirkning:

”Bruk av pekere som er beskrevet slik at det er åpenbart at den som klikker på linken, vil få tilgang til ulovlige ytringer (for eksempel en link som sier «klikk her så vil du få se barnepornografiske bilder»), vil – avhengig av hvordan straffebudet er utformet – kunne bli rammet som direkte overtredelse (for eksempel straffeloven § 204 om barnepornografi) og ikke bare som medvirkning. Når det gjelder mer ordinære pekere til et nettsted som inneholder ulovlige ytringer, vil vilkårene for direkte overtredelse av det aktuelle straffebud ofte ikke være tilfredsstilt. Det er derimot et mer åpent spørsmål om vedkommende tilfredsstiller vilkårene for medvirkning”.

Den norske og velkjente Napsterdommen gjaldt krav om erstatning fra en mann som hadde lagt ut linker til ulovlige musikkfiler på nett.⁹⁰ Mannen som var tiltalt i saken hadde lagt ut såkalte dyplinker på sin nettside (napster.no). Rettsspørsmålet som Høyesterett skulle ta stilling til var hvorvidt utleggingen av dyplinkene til musikkfilene var å anse som tilgjengeliggjøring etter åvl § 2.

⁸⁹ GRUR 2003/958, Dom av Bundesgerichtshof 17.07.03

⁹⁰ Rt. 2005 s. 41

Høyesterett uttaler at:

«Det fremgår av forarbeidene, Ot.prp.nr.26 (1959-60), at eneretten til å gjøre verket tilgjengelig omfatter enhver måte å gjøre allmennheten kjent med verket på. Tredje ledd er således ikke ment som noen legaldefinisjon av « tilgjengeliggjøring for allmennheten ». Begrepet er også teknologinøytralt. Jeg er enig i denne lovforståelsen og nevner at i høringsutkastet til endringer i åndsverkloven er begrepet omtalt som et overordnet begrep.»⁹¹

Videre uttaler førstvoterende at hvordan type linker det dreier som om ikke er avgjørende. Det avgjørende er hvordan teknikken virker, altså om og hvordan tilgang gis. Videre ser retten til annen europeisk rettspraksis for løsningen av spørsmålet og hevder at den svenske Tommy Olsson dommen og den tyske Paperboy dommen trekker i helt ulike retninger.⁹²

Det var videre et spørsmål om hvorvidt et samtykke burde innfortolkes idet materialet legges ut på internett. Domstolen uttalte her at:

”Partene har søkt å belyse konsekvensene av å anse lenkingen som tilgjengeliggjøring. Da vil utgangspunktet være at lenking, både til lovlig og ulovlig utlagt beskyttet materiale, bare kan skje med rettighetshavers samtykke...Å innfortolke et samtykke kan nok løse meget, men det kan også bli tale om avgrensningskriterier som både kan gi grunnlag for tvil og tvister. Konsekvenshensyn er derfor en medvirkende årsak til at jeg mener saken bør avgjøres på det subsidiære grunnlaget. Det retter seg nettopp mot lenking til ulovlig materiale, og det er slik lenking de ankende parter søker å stanse eller i hvert fall å redusere.»

Høyesterett uttaler videre at ansvar i forbindelse med linking ikke er nærmere utredet i forarbeidene, og at problemstillingen ikke var aktuell da loven ble vedtatt i 1961.⁹³ Høyesterett kom til at mannen hadde medvirket til tilgjengeliggjøringen av musikkverket på internett, og løste således saken på det subsidiære grunnlaget. Høyesterett velger dermed å ikke

⁹¹ Rt. 2005 s. 41 domspremiss 42

⁹² Rt. 2005 s. 41 domspremiss 50-51

⁹³ Rt. 2005 s. 41, domspremiss 49

ta stilling til om det kan innfortolkes en eventuell samtykkepresumsjon. De uttaler at eventuelle avgrenskingskriterier for en samtykkepresumsjon vil være vanskelige. Jeg tolker dommen slik at retten anser det som en lovgiveroppgave å ta stilling til en eventuell samtykkepresumsjon, og at det er derfor de velger å trå varsomt og forsiktig her.

Rognstad uttaler i sin artikkel «Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett» at Høyesterett i Napsterdommen oppnår «å la linkene som sådan omfattes av eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten, samtidig som man likevel rammer de tilfeller der linkene leder allmennheten til ulovlig kopiert materiale». ⁹⁴ Videre antar han at Høyesterett gjennom dommen ikke helt har utelukket å anse utlegging av linking som fremføring. Han antar også at løsningen i Napsterdommen kun vil være en foreløpig løsning inntil praksis fra EUDomstolen om tolkningen av infosocdirektivet foreligger. ⁹⁵ Rognstad skriver senere i 2009 at det kan hevdes at det er sterkest holdepunkter for at utlegging av linker i sin alminnelighet *ikke* skal anses som omfattet av fremføringsretten etter å ha gjennomgått Napsterdommen. ⁹⁶

4.5 Forholdet mellom legalitetsprinsippet og en vid tolkning av fremføringsbegrepet

Det følger av legalitetsprinsippet at enhver straff krever en klar lovhjemmel. ⁹⁷ Etter åvl § 54 litra a vil straff med bøter eller fengsel inntil tre måneder dersom regelen forsettlig eller uaktsomt i § 2 om opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring overtres.

Det er allikevel et krav om at en overtredelse klart må falle naturlig inn under en entydig ordlyd for å kunne pålegge straff. Det kan derfor være en aktuell problemstilling om hvor-

⁹⁴ Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på internett, NIR 2005-4 s. 344.

⁹⁵ Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på internett, NIR 2005-4 s. 370

⁹⁶ Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 185

⁹⁷ Eskeland, Strafferett 2.utgave (2006) s. 104

vidt en vid tolkning av fremføringsbegrepet kan skape problemer i forhold til legalitetsprinsippet. Særlig gjelder dette for linking og andre typer vidtgående fortolkninger av fremføringsbegrepet.

Det står ikke klart i loven at linking er tilgjengeliggjøring og at dette er en krenkelse av eneretten i § 2. I strafferetten skal det utvises forsiktighet med å tolke ordlyden utvidende i slike tilfeller. I Napsterdommen, som nevnt ovenfor, går ikke Høyesterett inn på dette problemet. Saken gjaldt om hvorvidt linking skulle anses som fremføring/tilgjengeliggjøring. I saken svarte ikke Høyesterett direkte på dette spørsmålet, da de løste saken på det subsidiære medvirkningsansvaret. Uansett er det klart at å anse linking som fremføring eller medvirkning til fremføring er en vid tolkning av begrepet. Når straff skal ilegges er det, slik jeg ser det, avgjørende at tilfellet ligger klart innenfor ordlyden. En vid tolkning av fremføringsbegrepet kan dermed skape problemer i forbindelse med legalitetsprinsippet, og bør slik jeg ser det utredes nærmere. Departementet ønsker også strengere håndheving og sanksjoner ved brudd på reglene i åvl i den nye proposisjonen til forslag til endringer i åvl.⁹⁸ Dette medfører at behovet for tydelige lovhjemler blir enda sterkere etter min mening.

I svensk litteratur tar Bruun opp problemstillingen om forholdet mellom en utvidende tolkning av fremføring og tilgjengeliggjøringsbegrepene og det strafferettslige legalitetsprinsippet.⁹⁹ Han hevder at det legalitetsprinsippet setter en skranke for å tolke ordlyden i § 2 utvidende grunnet at brudd på reglene er straffbare. På den andre side finner ikke Bruun det fornuftig å endre loven på en måte at sentrale begrep får ulikt innhold avhengig av om det er tale om sivilrettslige eller strafferettslige begrep. Han fremhever avslutningsvis at det er tvilsomt å tolke ordlyden for utvidende til å omfatte andre tilgjengeliggjøringsformer enn de som er opplistet i § 2, og at dette er noe som bør forsøkes å unngå. Jeg er enig med Bruun i forhold til denne problemstillingen, og mener at forsiktighet bør utvises ved en vid tolkning av § 2.

⁹⁸ Prop 65. L (2012-2013)

⁹⁹ Bruun, Begrepet offentlig framförande, NIR-2001-4 s.624

4.6 Forholdet mellom ytringsfriheten og opphavsmannens enerett til fremføring

I forarbeidene til endringen av Grunnlovens § 100 om ytringsfrihet, ble det lagt til grunn at en lenke skal anses som en ytring i forhold til EMK art. 10 og grl § 100. Det heter at:

*«En peker må trolig regnes som en ytring som faller inn under EMK artikkel 10 nr. 1. Departementet legger til grunn at det å legge ut pekere må anses som en «ytring» i forhold til Ytringsfrihetskommisjonens forslag til ny Grunnlov § 100. Pekeransvaret må i så fall kunne forsvares i forhold til disse bestemmelsene... Her som ellers må en veie hvilke konsekvenser et slikt pekeransvar vil få for ytringsfriheten på internett mot behovet for å holde den som står bak pekeren ansvarlig som medvirker, for eksempel av hensyn til en effektiv kriminalitetsbekjempelse eller for å verne andres økonomiske rettigheter. Det vil ofte være lite betenkelig av hensyn til ytringsfriheten å ilegge et medvirkeransvar der personen bak pekeren utviser forsett. Men særlige omstendigheter kan komme inn. For eksempel må det etter omstendighetene tas hensyn til alminnelige synspunkter om ansvarsfritak for videreformidling av ytringer.».*¹⁰⁰

Grunnloven er lex superior i forhold til åndsverksloven. Med dette menes at dersom en rettighet følger av Grunnloven og en rettighet følger av åndsverksloven vil Grunnlovsrettigheten trumfe gjennom. Siden forarbeidene nå klargjør at en lenke er en ytring etter grl § 100 og EMK art 10 kan det hevdes at retten til å legge ut linker uansett vil være lovlig, uavhengig av tolkningen som gjøres etter åndsverkslovens § 2.

Dersom opphavsmannen får enerett til å gjøre tilgjengelig om hvor en ressurs finnes på internett (linking går ut på nettopp dette) kan dette anses for å være inngrep i ytringsfriheten til andre som ønsker å linke til verket. Et slikt inngrep må derfor være fastsatt i lov og begrunnes i hensynet til demokrati og individets frie meningsdannelse etter grunnlovens §

¹⁰⁰ St.mld nr. 26 (2003-2004) avsnitt 8.2.6 – udner ”Pekersvar på internett”

100 (2). Å anse linkning som offentlig fremføring er å tolke ordlyden på strekk, og det er tvilsomt om dette vil tilfredsstillende et klart lovkrav i grl § 100. Etter EMK art 10 må et slikt inngrep måtte være nødvendig i et demokratisk samfunn. Terskelen for at et inngrep skal forsvares ut fra ytringsfrihetens begrunnelse er høy, og jeg tror i mange tilfeller at et slikt inngrep vil stride mot ytringsfriheten.

4.7 Fremføring med tekniske hjelpemidler

Indirekte fremføring skjer i en rekke tilfeller gjennom tekniske hjelpemidler og det er omfattende rettspraksis omkring grensene for dette.

I Jukeboksdommen fra 1964 var spørsmålet for retten om hvorvidt en mann som hadde hatt en jukeboks stående på et hotell kunne dømmes for å ha fremført musikkverk etter åvl § 2.

¹⁰¹ Mannen hevdet å ikke ha gjort verkene tilgjengelig for allmennheten, og at hotelleieren var den som gir offentligheten adgang. Høyesterett fant at tiltalte hadde i ervervsøyemed fremført verkene ved hjelp av jukeboksen i strid med åvl § 2.

Høyesterett drøfter i denne saken ikke noe om hvorvidt plasseringen av jukeboksen skjer nært nok i tid i forhold til avspillingen av musikken for å kunne anses som fremføring. Det eneste de vurderer er at mannen har et ønske om å tjene penger og stiller en jukeboks til disposisjon uten å ha betalt vederlag til TONO. Høyesteretts vurdering er i min mening i denne saken noe kort.

Pitbullterjedommen fra 2008 omhandler en mann som streamet filmen Pitbullterje fra internett, lagret den på en harddisk og senere opplastet den på et nettsted slik at øvrige nettbrukere fritt kunne se filmen.¹⁰² Lagmannsretten viser kun til at dette er ulovlig kopiering og tilgjengeliggjøring i sin dom og går ikke nærmere inn på om tilgjengeliggjørings-

¹⁰¹ Rt.1964 s. 782

¹⁰² RG.2008 s. 193

vilkåret og hvorvidt dette er oppfylt. Lagmannsretten uttaler at det ikke foreligger avgjørelser av direkte relevans for Høyesterett eller Lagmannsretten på dette området. Etter min mening er det rart at Lagmannsretten ikke gikk inn på Napsterdommen eller Piratkortdommen i denne saken. Selv om saksforholdet ikke er likt gir disse dommene etter min mening klare holdepunkter for hva som ligger i tilgjengeliggjøringsbegrepet, og burde vært drøftet nærmere.

I kabelnettdommen fra lagmannsretten i 1994 hadde et kabelselskap sendt ut fjernsynssignaler som ble mottatt passivt og ubedt.¹⁰³ Her uttaler lagmannsretten at:

”Slik lagmannsretten ser det må derimot det forhold at Amoco etter mottakelsen av signalene videreformidler dem på sitt interne kabelnett, anses som en selvstendig og ny fremføring av verkene som krenker MultiChoices enerett til å gjøre filmene tilgjengelige for almenheten. At bruken har kunnet skje uten noen ekstra aktivitet fra Amocos side har ingen betydning. Når selskapet har det nødvendige interne distribusjonsnett er det tilstrekkelig at det skjer en faktisk bruk. Sålenge det ikke foreligger tillatelse til bruken, må opphavsrettighetshaveren kunne kreve at Amoco aktivt setter i verk tiltak for å hindre krenkelse av rettighetene”.

Det ble altså lagt avgjørende vekt på om handlingen krenket rettighetshaverens enerett til å gjøre verkene tilgjengelige. Hvor mye aktivitet som har vært utvist av den som eventuelt krenker har ikke betydning, så lenge det skjedde en faktisk bruk. Lagmannsretten kom altså til at utsendingen av disse fjernsynssignalene krenket eneretten til offentlig fremføring.

Også i en ny tingrettsdom fra 2012, som jeg vil komme nærmere tilbake til under punkt 5, uttalte retten at det ”måtte være sikker rett at overføring som skjer ved hjelp av tekniske hjelpemidler foran et tilstedeværende publikum omfattes av fremføringsretten”.¹⁰⁴

¹⁰³ LG.1994 s.1093

¹⁰⁴ TAHER-2012-73209 pkt. 4

Den svenske PirateBay-saken¹⁰⁵ ble svært kjent i både norske, svenske og internasjonale medier.¹⁰⁶ Saken ble avvist for både Högsta Domstolen og EMD, og ble avsagt i Svea Hövrett (lagmannsretten etter norsk system). Saken ble omtalt som en av de mest profilerte opphavsrettssakene på årevis.¹⁰⁷

Fire menn ble anklaget for medvirkning til brudd på den svenske opphavsrettsloven. Domstolen uttalte at mennene bak nettstedet Pirate Bay laget en tjeneste som er meget godt egnet for ulovlig tilgjengeliggjøring av opphavsrettslig vernet materiale. De opprettet tjenesten i den hensikt å legge til rette for ulovlig tilgjengeliggjøring av opphavsrettslig vernet materiale og har ikke gjort noe for å hindre den ulovlige virksomheten. Dermed var tilfellet å anse som medvirkning til tilgjengeliggjøring.

Alle de ovennevnte sakene viser at fremføringsbegrepet tolkes vidt i nordisk rett der fremføringen skjer ved hjelp av tekniske hjelpemidler. Tilfeller som normalt ikke forstås som en ”fremføring” etter en normal språklig forståelse tolkes på en helt annen måte på opphavsrettens område. Slik jeg tolker disse avgjørelsene tyder det på at fremføring som går ut på å formidle verk gjennom tekniske hjelpemidler eller kun å bringe utstyr tilrettelagt for at verk kan formidles anses som fremføring i nordisk rett.

¹⁰⁵ RH 2009:39

¹⁰⁶ http://www.dagbladet.no/2012/02/01/kultur/data_og_teknologi/the_pirate_bay/fildeling/tekno/20033568/
<http://www.aftenposten.no/kultur/article3030774.ece#.UWan-5OeNu8>
<http://articles.latimes.com/2009/apr/18/opinion/ed-pirate18>
<http://www.telegraph.co.uk/technology/news/9236667/Pirate-Bay-must-be-blocked-High-Court-tells-ISPs.html>
<http://www.aftonbladet.se/nyheter/article11665476.ab>

¹⁰⁷ <http://www.guardian.co.uk/technology/2009/feb/16/pirate-bay>

4.8 EU-direktivene og øvrige internasjonale avtalers forhold til fremføringsretten

Etter EU-direktivet om opphavsretten i informasjonssamfunnet fra 2001 pålegges medlemsstatene å gjennomføre de forpliktelsene som følger av WCT og WPPT.¹⁰⁸

Direktivet hadde som både som formål å effektivisere harmoniseringen av opphavsrettsregelverket innenfor EU og EØS, og å verne opphavsmannen i en tidsalder der teknologi forenkler digitale utnyttelsesmetoder.

I fortalen til infosocdirektivet punkt 23 fremgår at artikkel 3 «should be understood in a broad sense covering all communication originates» og at retten «should ver any such transmission or retransmission of a work to the public by wire or wireles means, including broadcasting». Det er angitt ulike former for utnyttelse som omfattes av retten til “communication to the public” omtales både som “broadcasting” og «cable retransmission» i satelitt og kabeldirektivet¹⁰⁹ og som «transmission» i programdirektivets¹¹⁰ artikkel 4. Dessuten benyttes også begrepet «communication». Begrepet «public performance» benyttes ikke.

Lund hevder at slik «offentlig fremførelse» tolkes etter nordisk rett åpenbart vil dekke de handlingene opphavsmannen etter WCT og direktivet skal ha enerett til.¹¹¹ Og dermed er det ikke nødvendig å foreta noen endring for å gjennomføre bestemmelsene om «communication right». Lund hevder videre at det viktigste poenget i sammenhengene er at begrepene er teknologinøytrale, og forvirringen rundt begrepene rekkevidde er fordi man har hengt seg opp i teknologien. Hun bruker et eksempel jeg mener er veldig godt om at *”det fokuseres på togskinnene, pensene, vognene og stasjonene istedet for formidlingen av las-*

¹⁰⁸ Direktiv 29/2001 av 2.mai.2001

¹⁰⁹ Direktiv 93/83/EØF av 27. september 1993

¹¹⁰ Direktiv 2009/24/EC

¹¹¹ Lund, Begrepet offentlig fremførelse NIR 2001-4 s.618

ten til adressaten”.¹¹² Jeg tror dette er en korrekt tolkning, og at selve formidlingen må være det viktigste.

Også Schønning påpeker at det er en begrepsmessig disharmoni hva gjelder fremføringsbegrepet i de ulike EU-direktivene, Bernkonvensjonen og lovene.¹¹³

I forhold til fremføringsretten, herunder overføringsretten er særlig infosocdirektivets artikkel 3 av relevans. Artikkelen lyder:

«1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til attillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.»

Direktivet gir opphavsmannen enerett til trådbunden eller trådløs overføring av verk til allmennheten («communication to the public»). I norsk rett er overføringsbegrepet som nevnt kun innfortolket i fremføringsbegrepet, og innføringen av infosocdirektivet medførte således ingen endringer i loven.

Bernkonvensjonen tar utgangspunkt i territorialprinsippet, men oppstiller noen minimumskrav som nasjonene som ratifiserer konvensjonen må tilfredsstille. Bernkonvensjonen ble komplimentert med WIPO Copyright Treaty i 1996¹¹⁴ med formål om å oppdatere opphavsretten til dagens teknologiske forhold.¹¹⁵ WIPO-konvensjonens art. 8 kodifiserer ”Right to communication to the public” som skal omfatte “any communication to the public..., by wire or wireless means including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works..”

¹¹² Lund, Begrepet offentlig fremførelse, NIR 2001-4 s.621

¹¹³ Schønning, Ophavsrettens grundbegreper, NIR 2003-6 s. 528

¹¹⁴ Trådte i kraft 6.mars. 2002

¹¹⁵ Levin, Lärobok i immaterialrett (2011), s. 44

WIPO Performances and Phonograms Treaty kom også i 1996. I denne konvensjonen er særlig artikkel 8 og artikkel 12 av relevans for fremføringsretten som gir opphavsmennene enerett til "*distribution*", herunder "*the public making available*".

4.9 Spørsmål om konsumpsjon av fremføringsretten

Når det kommer til visnings- og spredningsretten, som er de to øvrige av de tre rettighetskategorier opphavsmannen har for tilgjengeliggjøring av verket, finnes visse konsumpsjonsregler som begrenser opphavsmannens enerett til verket etter førstegangs salg/overdragelse eller utgivelse. Det finnes ikke en tilsvarende konsumpsjonsregel for fremføringsretten.¹¹⁶ At overføringsretten ikke skal konsumeres ved overføring eller tilrådighetsstillelse for allmennheten står dessuten uttrykkelig i infosocdirektivets art. 3.¹¹⁷

Konsumpsjonsreglene innebærer en avgrensning av eneretten. Det finnes ikke noe enhetlig prinsipp som gjelder likt for alle de ulike typer enerettigheter opphavsmannen har, og dette medfører komplekst konsumpsjonsprinsipp.

Siden fremføringsretten ikke er gjenstand for konsumpsjon, og dermed vil enhver fremføringshandling være omfattet av opphavsmannens enerett.

4.10 Hvilke handlinger anses ikke som fremføring?

I forarbeidene til endringer i åndsverksloven gis det et eksempel om at utplassering av data-terminaler med internetttilgang på et offentlig sted ikke skal anses som offentlig fremføring. Det står at:

"Departementet vil imidlertid presisere at tilrådighetsstillelse av utstyr for personlig, interaktiv bruk, som hovedregel ikke vil være å anse som en tilgjengeliggjøring for allmenn-

¹¹⁶ Rognstad, Opphavsrett (2009) s. 186

¹¹⁷ Direktiv 2001/29

*heten av eventuelle åndsverk og annet vernet materiale som brukeren selv velger å konsultere. Det faktum at brukeren her ikke tilbys noe bestemt innhold, men selv må finne frem til dette, gjør at den som stiller utstyret til disposisjon ikke kan anses å gjøre det innhold som hentes frem tilgjengelig for allmennheten. Det er i denne situasjonen ikke nær nok sammenheng mellom tilrådighetsstillelsen av utstyr og allmennhetens tilgang til åndsverk og arbeider som brukerne velger å konsultere. Dette vil f.eks. gjelde tilrådighetsstillelse av datamaskiner med internettilgang i offentlig tilgjengelige lokaler».*¹¹⁸

Forarbeidene oppstiller her et krav om nærhet og sammenheng mellom tilrådighetsstillelse av utstyr og allmennhetens tilgang til verkene for at handlingen skal anses som fremføring.

Et annet eksempel på en handling som ikke ble ansett som offentlig fremføring, men som klart lå i grenseland var Piratkortdommen fra 1994. Piratkortdommen omhandler en 35 år gammel mann som hadde solgt og markedsført 120 piratkort.¹¹⁹ Ved hjelp av kortene kunne brukerne ta inn kanaler fra TV1000 og Filmnet. Spørsmålet var hvorvidt mannen ved hjelp av piratkortene hadde gjort filmer tilgjengelig for allmennheten jfr åvl §§ 54 (1) litra a, 2 (1). Førstvoterende uttalte at det var sterke reelle grunner for å forstå loven som fremføring utenfor det private området med bakgrunn i uttalelsene i forarbeidene.¹²⁰ Allikevel fant retten at en slik lovforståelse var vanskelig å forene med ordlyden. Førstvoterende uttalte at:

*«Domfelte har nok ved salget av "smarkortene" gjort det mulig for kjøperne å skaffe seg tilgang til å se filmene, men jeg finner det anstrengt å si at han ved salget – som for øvrig i tid ligger forut for sendingen av filmene – selv har fremført dem».*¹²¹

¹¹⁸ Ot. Prp nr. 46 (2004-2005) s. 22-23.

¹¹⁹ Rt. 1995.s 35

¹²⁰ Ot.prp.nr.4 (1994-95) side 49 flg

¹²¹ Rt. 1995 s. 35 (på side 37)

Dommen er 13 år gammel og det skjedd en utvikling i rettspraksis i etterkant. Høyesterett ser ut til å være svært tro mot legalitetsprinsippet og har en ganske snever tolkning av fremføringsbegrepet i saken. Siden retten uttaler at det virker anstrengt å si at tilfellet går ut på at mannen selv har fremført filmene, tolker jeg det som at Høyesterett her tolker fremføringsbegrepet i større grad etter hva som er en naturlig språklig forståelse. Rognstad skriver i sin artikkel «Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett» at det «i teorien» er oppstilt et krav om at den metoden det er tale om må gi allmenheten en nogenlunde umiddelbar tilgang til verket for at det skal være tale om tilgjengeliggjøring».¹²² Videre uttaler Rognstad at Høyesterett i Napsterdommen ikke hadde innvendinger mot synspunktet i Piratkortdommen, og at det er grunn til å anta at de tilslutter dette synspunktet.

Det er gode grunner for å tro at norsk Høyesterett hadde rettet seg etter utviklingen i EU dersom Piratkortdommen hadde vært oppe i dag. Rafael Hotels dommen (som jeg kommer tilbake til i pkt. 5) omhandler nettopp et slikt tilfelle det å tilby Tv-er på hotellrom ble ansett som en fremføring, på tross av at denne handlingen lå forut for en potensiell TV-titting for hotellgjestene. Siden det ikke er garantert at hotellgjestene vil benytte TVen på rommene, er også fremføringen fra hotellets side bare mulig og ikke garantert. Umiddelbarhetsprinsippet går på tvers av dette og krever en garantert og umiddelbar fremføring. Jeg tror på bakgrunn av utviklingen i EU domstolen med Rafael Hotels dommen at Høyesterett hadde kommet til motsatt konklusjon dersom Piratkortdommen var oppe for domstolen i dag.

4.11 Grensen for fremføringsrett opp mot visningsretten

Grensen mellom visning og fremføring har særlig vært omdiskutert i relasjon til skjermbildet og har blitt kalt for «skjermbildets rettslige natur».

¹²² Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett, NIR 2005-4, s.347

I forarbeidene til endringer i åndsverksloven av 2005 heter det at:

*”Skillet mellom hva som utgjør offentlig fremføring og offentlig visning har vært noe uavklart. Når et verk av billedkunst eller fotografi, eller teksten i et litterært verk, gjøres kjent for et tilstedeværende publikum ved at eksemplar fremvises, byr det ikke på problemer å karakterisere dette som visning. Dersom dette gjøres ved tekniske metoder, som f.eks. ved kringkasting eller annen tråd- eller trådløs overføring, kan det være vanskelig å trekke grensen mellom visning og fremføring. Av lovgivningstekniske grunner kan det være ønskelig i større grad å avklare hvor langt konsumpsjon av visningsretten går, jf §20. Ettersom retten til offentlig fremføring ikke konsumeres fordi den er knyttet til verket og ikke til et eksemplar, vil det derfor ha betydning for den som råder over et eksemplar å vite sikkert hvilke beføyelser som inngår i hans eiendomsrett.”*¹²³

I det norske opphavsrettsutvalgets del-innstilling «Opphavsrett og edb» presenteres det litterære verk og musikkverk på skjerm som «fremføring av verket», mens kunstverk og fotografier ble ansett som «visning av verket».¹²⁴ Departementet sluttet seg til teksten, men tok ikke uttrykkelig stilling til kategoriseringen av fotografier og kunstverk.¹²⁵

Bing hevder i en artikkel fra 1984 at sontringen mellom visning og fremføring ikke har de største konsekvensene, da begge omfattes av opphavsmannens enerett.¹²⁶ I en artikkel i 1995 fremhever han likevel fremhever han at verk som fremvises på skjerm bør anses som fremføring og ikke visning av verket, også når det er tale om foto og kunstverk.¹²⁷ I samme

¹²³ Ot.prp nr 46 (2004-2005) s. 20

¹²⁴ NOU 1986: 18 s. 20-21

¹²⁵ Ot. Prp nr. 33 (1989-90) s. 8.

¹²⁶ Bing, Opphavsretten og dens avgrensning..., NIR 1984-3 s. 390

¹²⁷ Bing, Opphavsretten og ny informasjonsteknologi NIR 1995-4 s.613

artikkel foreslår at fremvisning burde muligens bli ny kategori til tilgjengeliggjøringsretten.¹²⁸

Lund sier seg enig i synspunktet til Bing om at fremvisning på skjerm bør anses som fremføring i sin artikkel i 2001.¹²⁹ På svensk side kommenterer Bruun dette i en oppfølgende artikkel til "Begrepet offentlig fremførelse". Han er uenig med Lund og mener at hennes resonnement ikke samstemmer med norsk rett, særlig i forhold til åvl § 20.¹³⁰ Han mener at grensedragningen fortsatt er sentral, og fremhever betydningen av en klar og entydig begrepsbruk.

Wagle og Ødegaard hevder at det er internasjonal enighet om at tekst på dataskjerm må betraktes som fremføring, og at det er antatt at skjermbildet rettslig sett må karakteriseres som visning i forhold til fotografier og kunstverk.¹³¹ De viser til forarbeidene og hevder det er debattert hvorvidt kunstverk og fotografiverk skal behandles annerledes.¹³²

Schønning hevder i en annen artikkel som var skrevet i 2001 at opphavsrettsutvalget har uttalt seg om dette i Danmark.¹³³ Utvalget har hevdet at et kunstverk som vises på en dataskjerm skal anses som fremføring og ikke visning. For at det ikke skal bli problemer når de ulike avgrensingsreglene i opphavsretslovens kapittel 2 anvendes må er det viktig å forsøke å klassifisere verkene som det ene eller det andre, hevder Schønning. Videre fremhever han at en løsning på problemet vil være å innrette seg slik at visningsretten er forbeholdt bruk av kunstverk, mens bruk av litterære og musikalske verk er forbeholdt fremføringsretten også når det kommer til teksten på TV-skjermene. Han mener også at rettstilstanden er

¹²⁸ Bing, Opphavsretten og ny informasjonsteknologi NIR 1995-4 s.614

¹²⁹ Lund, Begrepet Offentlig fremførelse, NIR 2001-4 s. 616

¹³⁰ Bruun, Begrepet offentlig framförande, NIR-2001-4 s

¹³¹ Wagle/Ødegaard, Opphavsretten i en digital verden (1997) s. 182

¹³² Ot. Prp nr. 33 (1989-90) s. 8

¹³³ Schønning, Begrepet offentlig fremførelse, NIR 2001-4 s. 629-630

forvirrende og uklar, og at det ikke ser ut til å være et fullstendig nordisk samarbeid på dette området.

I ”Ophavsretsloven med kommentarer” fra 2011 hevder Schønning at lovmotivene til endringene i den danske åndsverksloven fra 2002 loven avklarte rettstilstanden.¹³⁴ Eneretten til visning omfatter direkte visning av et fysisk eksemplar av et verk for en tilstedeværende allmennhet, uansett om det er et originaleksemplar eller en kopi. Dersom verket gjengis som et ledd i eller på grunnlag av en trådløs overføring faller den utenfor visningsbegrepet og anses som fremføring.

For meg er det uklart om dette også medførte en avklaring i den norske rettstilstanden, eller om vi fortsatt har uklarhet. Uansett viser disse diskusjonene at forholdet mellom fremføringsrett og visningsrett er vanskelig.

5 Offentlig versus privat fremføring

5.1 Momenter av betydning for skillet mellom offentlig eller privat fremføring

Etter ordlyden i åvl § 2 (3) litra c gjøres verket tilgjengelig når det «fremføres offentlig». Privat fremførelse faller etter ordlyden utenfor opphavsmannens enerett, og derfor er det viktig å trekke et skille mellom offentlig og privat fremføring-

Lovens forarbeider viser til betegnelsen i straffeloven av 1902 § 7 av offentlighetsbegrepet og angir at definisjonen i straffeloven kan gis en viss analogisk anvendelse til opphavsretten:

”Det kan således ikke være tvilsomt at fremvisning eller fremføring av et verk på et« for alminnelig ferdsel bestemt eller alminnelig beferdet sted »f.eks. på gater og åpne plasser, i teatre, konsertsaler, restauranter, kafeer og butikker, må sies å foregå offentlig. Derimot

¹³⁴ Schønning, Ophavsretsloven med kommentar 5.utg (2011) s.156

*kan det utenfor straffelovens område ikke være ubetinget avgjørende om en handling er foretatt « i overvær av et større antall personer».*¹³⁵

Forarbeidene viser også til Knophs begrepsforklaring av skillet mellom offentlig og privat: ”Knoph uttaler s. 89:« Hvis gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må den skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie- vennskaps- eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er etter lovens mening skjedd offentlig enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øye.» Videre fremholder Knoph s. 90 at det etter lovens ånd og hensikt må være riktig å trekke grensen for private fremførelser temmelig trangt, og at det i tilstilfelle må legges vekt på om sammenslutningen har ervervsmessig formål eller ikke».¹³⁶

Denne formuleringen er kalt Knophs maksime, og Høyesterett bygget sin argumentasjon på denne i Bedriftsmusikkdommen.¹³⁷ Tolkningen av uttrykkene ”allmennheten” og ”offentlig” har i ettertid i stor grad vært styrt av denne maksimen i norsk rett.

I innstillingen til den ovennevnte odelstingsproposisjonen uttaler komiteen at de gir sin tilslutning til rettspraksis på området, særlig førstvoterendes votum i Bedriftsmusikkdommen. Det heter at:

*«Komiteen ønsker at den nærmere avgrensning av opphavsmannens rett mot almenheten på denne punkt fortsatt best kan skje ved en domstolspraks i tråd med den nevnte høyesterettsdommen...»*¹³⁸

Dette viser at skillet mellom offentlig og privat best kan trekkes opp gjennom retningslinjer i rettspraksis.

¹³⁵ NUT-1950-1 s. 11.

¹³⁶ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s 11-12)

¹³⁷ Rt. 1953 s. 633

¹³⁸ Innst. O XI 1960-61 s. 15

Wagle og Ødegaard hevder at «vurderingen baserer seg på hvor mange som har mulighet til å gjøre seg kjent med verket, ikke hvor mange som faktisk gjør det».¹³⁹ De hevder videre at innholdet i begrepet vil i noen grad avhenge av hvilken beføyelse som vurderes.

Schønning hevder at begrepet «almenheden» svarer til begrepet «offentligheden» i alminnelige språkbruk, med at «almenheden» er et spesifikt opphavsrettslig begrep, hvor fastleggelsen ikke avhenger av forståelsen av ”offentligheten” i andre sammenhenger.¹⁴⁰ Schønning hevder videre at skillet mellom offentlig eller ikke offentlig fremføring ganske enkelt omhandler om det skal eller ikke skal betales vederlag til verkets rettighetshavere.¹⁴¹

5.1.1 Særlig om privat bruk

I forarbeidene til senere endringer i åndsverksloven heter det at fremføring av sceneverk og filmverk innen den ordinære klasseromsundervisning anses som privat og ikke offentlig.¹⁴² Dersom gruppen er veldig stor, eller det er snakk om flere klasser som ser film samtidig er situasjonen mer uklar. Departementet kunne ikke se at det utenfor klasseromssituasjonen er noe påtrengende behov for å kunne fremføre film som ikke er undervisningsfilm og anse denne fremføringen som ”privat”. Schønning viser i dansk litteratur til denne uttalelsen og sier seg enig.¹⁴³

Knoph skriver at eneretten må tåle en prinsipiell begrensning.¹⁴⁴ Nemlig at det kun gjelder en enerett til offentlig meddelelse, ikke det som skjer innenfor husets fire vegger eller privatlivet generelt. Bakgrunnen for dette, sier Knoph, er uviljen mot å bryte inn i privatlivets

¹³⁹ Wagle, Ødegaard, Opphavsrett i en digital verden (1997), s. 183

¹⁴⁰ Schønning, Opphavsretsloven med kommentarer 5. Utg (2011) s. 151

¹⁴¹ Schønning, Begrepet offentlig fremførelse, NIR 2001-4 s. 630

¹⁴² Ot.prp nr. (1994-1995) nr 15, s. 126

¹⁴³ Schønning, Opphavsretsloven med kommentarer. 5. utg (2011) s. 161.

¹⁴⁴ Knoph, Åndsretten 1936, s. 87

fred, og erkjennelsen av at rettens arm her ofte er for kort. Privat gjengivelse av verket vil i virkeligheten ikke skade opphavsmannen synderlig i det gjerne mangler et moment av ervervshensikt og konkurranse som opphavsmannen har gode grunner til å være beskyttet mot. Det følger av forarbeidene at privat bruk kan bare utøves av fysiske personer.¹⁴⁵

5.2 Grensene for offentlig og privat fremføring trukket opp av rettspraksis

Forarbeidene har, som nevnt, latt det være opp til domstolene å trekke linjene for hvor grensen mellom offentlig og privat fremføring går. Dette har medført en omfangsrik rettspraksis i Norge, Norden for øvrig og i EU-domstolen som vil gjennomgå i dette punktet.

5.2.1 Offentlig fremføring ved musikkavspilling på arbeidsplasser, taxi, foreninger og klubber

5.2.1.1 Offentlige fremføringer

Saksforholdet i Bedriftsmusikkdommen gikk ut på at TONO saksøkte fem store fabrikker for å ha avspilt musikk fra innkjøpte grammofonplater over høyttaleranlegg i bedriftene til 150-200 ansatte.¹⁴⁶ Høyesterett skulle avgjøre lovligheten av musikkfremføringene. Høyesterett viser først til komitéinstillingen av 1925 s. 14 hvor det het at

«utkastet hviler på den prinsipielle oppfatning at kunstnerens og forfatterens krav på å nyte de økonomiske frukter av sitt arbeid « er like så dypt etisk og sosialt berettiget, som selve eiendomsretten til materielle ting ». Det selvsagte utgangspunkt må derfor være «at forfatteren og kunstneren bør ha all den rådighet over sitt verk som ikke av tvingende samfunnsmessige grunner må unndras ham», og « at enhver innskrenkning i opphavsmannens enerett må godtgjøre sin nødvendighet eller rimelighet fra samfunnets synspunkt ».

¹⁴⁵ NOU 1983. 35. Endringer i åndsverkloven m.v side 29.

¹⁴⁶ Rt. 1953 s. 633

Førstvoterende uttaler videre at særlig størrelsen på personkretsen vil ha «*meget vesentlig vekt*» fordi det vil si noe om tilknytningen mellom deltakerne.¹⁴⁷ Hvorvidt fremføringen kan betraktes som et ledd i ervervsvirksomhet vil også ha betydning. På bakgrunn av dette kom retten til at bedriftene ikke hadde rett til å spille av musikken i lokalene uten å betale vederlag.

I følge Wagle og Ødegaard kan et vesentlig moment om hvorvidt en fremføring er offentlig eller ikke trekkes ut fra Bedriftsmusikkdommen. De hevder at dersom mottakerkretsen kan sammenlignes med en familiekrets eller en lignende sluttet krets vil den antagelig ikke anses som offentlig.¹⁴⁸

I en norsk Høyesterettsdom fra 1970 ble eieren av et diskotek kalt Roys Place ilagt et forelegg da han arrangerte diskotek med dans uten å svare avgift til Fondet for utøvende kunstnere.¹⁴⁹ Høyesterett kom til at vilkåret om «offentlig fremføring» var oppfylt da alle som hadde fylt 18 og ikke var kjent som ”bråkmakere” kunne bli medlemmer. Siden det praktisk sett var en ubegrenset adgang for å bli medlem med en beskjeden medlemskontingent og et stort antall medlemmer måtte klubbens møter anses som offentlige.¹⁵⁰

Avgjørelsen gjaldt tolkningen av *Lov om avgift for utøvende kunstnere* §§ 3 og 6, men har likevel betydning da den sier noe om skillet mellom offentlig og privat fremføring.¹⁵¹

Bedriftsmusikkdommen og Roys Place-dommen kan hevdes å ha mindre vekt siden de er gamle og en voldsom teknologisk utvikling har skjedd i etterkant. Allikevel har vi ikke noe prejudikat som fraviker disse dommene enda. Momentene som ble vektlagt i disse domme-

¹⁴⁷ Rt. 1953 s. 633 (på side 638)

¹⁴⁸ Wagle/Ødegård, Opphavsrett i en digital verden (1997) s.184

¹⁴⁹ Rt. 1970 s. 1172

¹⁵⁰ Rt. 1970 s. 1172 (på s.1174)

¹⁵¹ Lov om avgift for utøvende kunstnere av 14.des 1956 nr 4.

ne ser fortsatt ut til å ha betydning ved skillet mellom offentlig og privat fremføring i dag. Bedriftsmusikkdommen henvises til i forarbeidene og vil derfor ha mer vekt enn ellers.¹⁵²

I 2012 kom det en tingrettsdom om skillet mellom offentlig og privat fremføring.¹⁵³ Spørsmålet i saken var om de saksøkte bilutleiefirmaene, ved å stille mottaksutstyr til rådighet for kundene i sine utleiebiler, foretok en selvstendig tilgjengeliggjøring (fremføring) av kringkastingssendingen for allmennheten som dermed omfattes av vederlagsplikten i åndsverkloven § 45b. Det første spørsmålet var hvorvidt det å ha montert en radio i utleiebilene var ”fremføring”, og det andre spørsmålet var om en slik eventuell fremføring ville være å anse som ”offentlig”.

Retten foretok en omfattende vurdering av fremføringsbegrepet, og viser til bedriftsmusikkdommen, jukeboksdommen, den svenske morningtondommen, den finske bostadshotelldommen og Rafaelhotelsdommen fra EU (som jeg vil komme nærmere tilbake til nedenfor). Retten uttalte at det måtte være sikker rett at overføring som skjer ved hjelp av tekniske hjelpemidler foran et tilstedeværende publikum omfattes av fremføringsretten, og så videre på hvorvidt sendingene ble formidlet til et nytt publikum. Retten benyttet mye av argumentasjonen som gjaldt for at fremføring på hotellrom er offentlig som bakgrunn for at det samme også måtte gjelde for leiebiler. Det at utleiefirmaene ikke selv plasserte radioene i bilene hadde ikke stor betydning. De kom til at dette tilfellet måtte anses som offentlig fremføring av musikkverkene.

I en finsk Høyesterettsdom fra 2002 kalt Taximusikkdommen hadde en taxisjåfør en musikkavspiller installert i sin taxi.¹⁵⁴ Spørsmålet her var også hvorvidt dette var å anse som offentlig fremføring. Også her la domstolen vekt på at hvem som helst kunne være taxikunder, og at denne kretsen verken var begrenset eller definert på forhånd. Domstolen la

¹⁵² Innst. O XI 1960-61 s. 15

¹⁵³ TAHER-2012-73209

¹⁵⁴ Høyesterettsdom av 03.12.2002, 2002/101, referert fra NIR 2003-2, s. 156

ikke vekt på at taxisjåførens kunder ofte var få i antall og at de ofte utgjorde en bestemt krets, og anså derfor tilfellet for å være offentlig fremføring.

I en svensk Høyesterettsdom fra 1986 hadde en musikkforretning spilt av musikk i noen få sekunder for å vise musikkanleggenes kvalitet for kunder.¹⁵⁵ Spørsmålet for domstolen var dermed om dette skulle anses for å være offentlig fremføring. Retten uttalte at:

*”Rättens föremål och innehåll bestämdes i stället genom mera allmänt hållna beskrivningar som bl.a. innebar att upphovsrätten skulle omfatta alla former för utnyttjanden varigenom ett verk mångfaldigades eller gjordes tillgängligt för allmänheten... Det förfarande varom är fråga i målet kan måhända sägas innebära att i de typiska fallen varken Börje W eller hans kunder har tillgodogjort sig de musikaliska verken såsom utgörande resultat av ett andligt skapande. Vad det har varit fråga om är att man använt verk som ett slags testmaterial för att prova en apparat. Den som med ett sådant resonemang låter demonstrationsmusik falla utanför det skydd upphovsrättslagen ger intolkar därmed en begränsning i upphovsmannens rätt att förfoga över verket, som inte finns angiven i lagen”.*¹⁵⁶

Høyesterett uttalte at de ikke fant hjemmel å utelate retten til å fremføre demonstrasjonsmusikk fra opphavsmannens enerett, og fant dermed at tilfellet var å anse som offentlig fremføring. Jeg mener at retten burde vurdert om en begrensning i å fremføre demonstrasjonsmusikk hadde hatt noen reell betydning av økonomisk eller ideell art for opphavsmannen. I denne saken synes jeg at domstolen heller tolket retten til offentlig fremføring for vidt.

¹⁵⁵ NJA 1986 s. 702

¹⁵⁶ NJA 1986 s. 702 på side 709

Også i en dansk lagmannsrettsdom anså retten musikkavspilling i en frisørsalong som var for innehaverens egen trivsel og som kun hadde 4-5 kunder daglig for å være offentlig fremføring.¹⁵⁷

Dersom frisørsalongdommen og demonstrasjonsmusikkdommen hadde vært oppe for retten i dag tror jeg kanskje de hadde fått et annet utfall. Dette er på grunn av EUs tannlegedom som jeg skal komme tilbake til i pkt 5.2.4.¹⁵⁸ Bakgrunnen for at jeg tror konklusjonen hadde vært en annen er fordi frisørsalongen og musikkbutikkens avspilling kun har et aksessorisk preg som ikke medfører noen økning i kundekretsen eller noen økonomisk fordel for innehaverne.

5.2.1.2 Private fremføringer

I den danske ungdomsklubbdommen fra 1999 var det rettslige spørsmålet om hvorvidt avspilling av musikk i fire ungdomsklubber var offentlig fremføring.¹⁵⁹ Retten la til grunn at festene og musikken hadde aksessorisk preg i ungdomsklubbene. De hevdet videre at det i foreninger legges vekt på det personlige båndet mellom medlemmene når disse selv står som arrangør. Retten fant at det forelå slike personlige bånd mellom de ansatte og medlemmene, og at det var et slikt interessefellesskap som medførte at fremføringen ikke rettslig sett var «offentlig». Dessuten var medlemskretsen klart avgrenset.

I den danske gymnastikkforeningsdommen fra 2004 var det rettslige spørsmålet om avspilling av musikk under gymnastikktrening av gymnastikkforeningen anses som offentlig fremføring.¹⁶⁰ Den danske Høyesterett uttalte at gymnastikkforeningene ikke var drevet i ervervsøyemed og at driften var preget av frivillig, ulønnet arbeid. Musikk anvendelsen var

¹⁵⁷ U.1999. 2057 Ø

¹⁵⁸ EU-dom C-135/10

¹⁵⁹ UfR 1999 s. 2011

¹⁶⁰ UfR 2004 s. 2134

dessuten ikke det primære element på treningene og ble fremført kun for et begrenset antall deltakere. På bakgrunn av dette fant retten også her at fremføringen ikke var å anse som «offentlig».

5.2.1.3 Hvilke retningslinjer foreligger for offentlig vs. privat fremføring vedrørende musikkavspilling?

Slik jeg tolker disse dommene ser det ut til at der fremføringen kan medføre en ervervsmessig fordel for den som fremfører anses fremføringen som ”offentlig”. I de danske dommene der fremføringen var ansett som privat ble det lagt vekt på at fremføringen antagelig ikke ville medføre en økonomisk fordel. I ungdomsklubbdommen fant retten også at det forelå et personlig bånd mellom de ansatte og medlemmene i tillegg til at det var en klart avgrenset krets som medførte at fremføringen ble ansett som privat. Jeg mener at grensene for når fremføringene skulle anses som private eller offentlige ikke er veldig klare. Det ser ut til at grensene er dynamiske og endres over tid.

5.2.2 Offentlig fremføring i relasjon til video og TV-utsendelser

I Kinematografdommen fra 1929 hadde en forening fremvist kinematografbilder fast to ganger i uken, uten å ha offentlig tillatelse til virksomheten.¹⁶¹ Høyesterett kom til at straffelovens § 7 ikke fikk anvendelse ved tolkningen av offentlighetsbegrepet, men at det måtte kreves at hvem som helst kunne ha tilgang til verket med eller uten betaling etter en tolkning av ”*Lov om adgang til å gi dramatiske og andre offentlige forestillinger*”¹⁶². Dersom foreningen kun viste kinematografbildene for en sluttet krets av personer, ville ikke det ha vært en fremføring. Retten kom til at forestillingene var åpne for hvem som helst og at forestillingen dermed hadde en offentlig karakter.

¹⁶¹ Rt. 1929 s. 337

¹⁶² Lov av 22.mai.1875

I både innstillingen til åndsverksloven i 1950 og i odelstingsproposisjonen fra 1959-60 ble Høyesteretts holdning i Kinematografdommen om hvorvidt straffelovens offentlighetsbegrep kunne anvendes analogisk fraveket.¹⁶³ Her uttales det at definisjonen i straffeloven er egnet for en viss analogisk anvendelse.

I en dansk Høyesterettsdom hadde et fengsel sendt ut kabel-tv til de innsatte.¹⁶⁴ Kriminalomsorgen anførte at kabelutsendelse i fengselsinstitusjoner ikke var offentlig fremførelse som krever rettighetshavernes samtykke, og at fengselsinstitusjonen måtte betraktes som et alternativ til et hjem. Høyesterett uttalte at de innsatte ikke utgjorde en avgrenset krets av personer med felles interesser, men som en tilfeldig og vekslende krets. Dessuten var ikke forholdet mellom de innsatte og fengselspersonale av et personlig bånd. Dette medførte at Høyesterett anså forholdet for å være en offentlig fremføring.

5.2.3 Offentlig fremføring i relasjon til utplassering av TV-apparater eller radio på hotellrom

5.2.3.1 Praksis fra EU

Rafael Hotels er en prejudisiell avgjørelse fra EU domstolen om tolkningen av infosocdirektivets art. 3.¹⁶⁵ Hovedspørsmålet for domstolen i denne saken var å avgjøre hvorvidt det å plassere TV-apparater på et hotellrom som overføring til allmennheten i strid med direktivet.¹⁶⁶ I tillegg skulle domstolen også vurdere om det faktum at TV-apparatene var plassert på hotellrom medførte at tilfellet var på privat område og at det ikke var snakk om «overføring til allmennheten».¹⁶⁷

¹⁶³ NUT-1950-1 s. 11, Ot.prp nr 26 (1959-1960)

¹⁶⁴ U2009.1930 H

¹⁶⁵ Direktiv 2001/29

¹⁶⁶ EU dom C-306/05

¹⁶⁷ Domspremiss 23

I saken uttaler domstolen at begrepet «overføring til allmennheten» skal tolkes i bred forstand da dette følger av 23. betraktning til direktivet. En slik fortolkning er også nødvendig for å nå formålet i direktivet som skal innføre et høyt beskyttelsesnivå for opphavsmenn.¹⁶⁸

Hotellgjestene vil utgjøre et nytt publikum som får adgang til verkene. Domstolen fremhever i det videre at det ikke er den faktiske, men den potensielle adgangen til verkene gjennom TV-apparatene som er det avgjørende.¹⁶⁹ Heller ikke er den type teknikk som anvendes avgjørende for hvorvidt det foreligger en overføring. Tilrådighetsstillelsen i seg selv utgjør ikke en overføring, men hotellets tilføring av signalet gjennom Tv- apparatene til gjestene som bor på værelsene er en overføring i henhold til direktivet.¹⁷⁰

Domstolen tok ikke anførselen om at dersom forholdet anses som en overføring vil dette være i strid med EMK art. 8 ti følge. Dette begrunnes i at fordi værelsene ikke er hotellets private sfære da de er stilt til rådighet for gjestene.¹⁷¹

EU-domstolen hevdet at siden verket utgis for et nytt publikum vil denne offentlige mottakelsen være omfattet av opphavsmannens enerett og krever hans tillatelse.¹⁷²

Senere var det også oppe en sak for EU domstolen som var svært lik Rafael Hotels avgjørelsen.¹⁷³ Denne saken omhandlet også på lik linje med Rafael Hotels spørsmålet om en Irsk hoteleier som stiller fjernsyn og radio til rådighet utøver en ”kommunikasjon til offentligheten ”og dermed plikter å betale vederlag i henhold til artikkel 8 i lånedirektivet.¹⁷⁴

¹⁶⁸ Domspremiss 36

¹⁶⁹ Domspremiss 43

¹⁷⁰ Direktiv 2001/29 art 3

¹⁷¹ Domspremiss 53

¹⁷² Domspremiss 41

¹⁷³ EU- dom, C-162/10

¹⁷⁴ EU- direktiv 2006/115

Domstolen uttalte at ”offentligheten” tolkes som et ubestemt antall potensielle mottakere av et betydelig antall personer.¹⁷⁵ Når det skal fastlegges hva som ligger i ”et betydelig antall” vurderes både at antallet ikke må være for lite eller ubetydelig og at samlede betydningen av at verkene stilles til rådighet for så mange.¹⁷⁶ EU domstolen kom derfor til at handlingen var å anse som en kommunikasjon til offentligheten og hotelleieren pliktet å betale vederlag til rettighetshaverne.

Disse dommene viser at eneretten til offentlig fremføring tolkes svært vidt i EU-retten. Jeg sitter igjen med spørsmålet om dommene betyr at enhver handling som medfører at en større krets får tilgang til et verk vil karakteriseres som offentlig fremføring. EU-domstolen er fra en rekke ulike rettsområder kjent for å tolke ekspansivt og dynamisk slik at EUs rettsakter når sitt formål. Avgjørelsen viser klart at det ikke er unntak på opphavsrettens område.

5.2.3.2 Nordisk rettspraksis

En den finske Bostadshotelldommen hadde et noe likt faktum som saken over der TV-apparater var installert på et hotell med 14 gjesterom.¹⁷⁷ Også her var det rettslige spørsmålet om hvorvidt dette skulle anses som offentlig fremføring. Her uttalte retten at det som utgangspunkt skal anses som offentlig fremføring dersom det ikke på forhånd er bestemt hvem som får høre på fremføringen. Fremføringen anses som offentlig om i prinsippet alle kan delta. Siden gjestene på hotellrommene ikke på forhånd var bestemt eller avgrenset var tilfellet å anse som offentlig fremføring.

¹⁷⁵ Domspremiss 33

¹⁷⁶ Domspremiss 35

¹⁷⁷ Høyesterettsdom av 15.03.2002, 2000/748, referert fra NIR 2002-4 Ur finsk Rettspraksis s. 428 (av Norrgård)

I den svenske Morningtondommen fra 1980 hadde et hotell plassert radioer og TV på hotellrommene, tilgjengelig for gjestene.¹⁷⁸ Spørsmålet for retten var om musikken dermed var ”offentlig fremført” av hotellet gjennom plassering av TV-apparaer og radio. Retten viser til en uttalelse fra de svenske forarbeidene om at det er uten betydning om fremføringen skjer umiddelbart foran et nærværende publikum eller ved hjelp av tekniske anordninger.¹⁷⁹ Retten uttaler videre at for at fremføringen skal anses som offentlig må det forutsettes at det er snakk om virkelig hotell- eller pensjonatstørrelse.¹⁸⁰ Retten kom til at bare ved å ha radio- og TV-mottakere stående tilgjengelig på rommene hadde de ”offentlig fremført” verkene.

5.2.4 EU-domstolens ”Tannlegedom” – et skritt i en annen retning?

Tannlegedommen omhandler en tvist mellom Italias svar på ”GRAMO”, SFC og en tannlege om tannlegens plikt til å betale vederlag til SFC som følge av at det ble spilt radio i hans tannlegeklinikk.¹⁸¹ Domstolen uttalte at vurderingen var om avspillingen utgjorde en «kommunikasjon/tilrådighetsstillelse til offentligheten» i henhold til EU direktiv 2001/20 art 3 (2) litra b. Hvorvidt tilfellet er en ”kommunikasjon til offentligheten” beror på en ”individualisert vurdering” i følge domstolen.¹⁸²

EU-domstolen uttaler at en tilrådighetsstillelse til offentligheten karakteriseres ved at offentligheten **har tilgang til dem på et individuelt valgt tid og sted** (min utheving).¹⁸³ Og at det avgjørende er om brukeren (her tannlegen) fullt vitende om konsekvensene av handlingen, medvirker til å gi sine pasienter adgang til å lytte til beskyttet musikk.

¹⁷⁸ NJA 1980 s. 123

¹⁷⁹ SOU 1956:25 s. 93

¹⁸⁰ NJA 1980 s. 123 på side 129

¹⁸¹ EU-dom C-135/10

¹⁸² Domspremiss 76

¹⁸³ C-135/10, domspremiss 59

For det første ville tannlegepasientene kun ha adgang som følge av tannlegens bevisste handling.¹⁸⁴ For det andre var denne gruppen (tannlegepasientene) i overveiende grad en stabil gruppe.¹⁸⁵

EU domstolen legger vekt på at en tannlege ikke kan vente seg en økning i pasientkretsen grunnet bakgrunnsmusikken eller heve prisene på de ytelsene han utfører. Det å høre på bakgrunnsmusikk vil ikke være et forhold som er knyttet til mottakelsen av tannpleien, og vil ikke ha noe med formålet med besøket å gjøre.¹⁸⁶

Domstolen kom til at tannlegens tilgjengeliggjøring av musikk for pasientene, isolert sett utgjorde en «Kommunikasjon» i direktivets forstand, men at det etter en individualisert helhetsvurdering ikke utgjør en ”kommunikasjon til offentligheten”. Dermed har rettighetshaverne ikke rett til vederlag i slike situasjoner.¹⁸⁷

Nettmagasinet Ballade skriver om denne EU-dommen, og at den utfordrer muligheten for å kreve vederlag for musikk spilt hos tannleger.¹⁸⁸ Slik situasjonen er i dag betaler tannlegekontorer i Norge vederlag til Gramo for musikk spilt på venteværelser. I artikkelen svarer Gramo at de ikke ønsker å endre praksisen sin før de eventuelt blir utfordret på dette og at vederlaget fra tannlegeforeningen dessuten er ganske beskjedent. Dette viser at problemstillingen også er interessant for allmennheten og for media. Slik jeg tolker denne dommen er den absolutt et skritt i en ny retning, som innebærer uforutsette og kanskje overraskende avgrensninger for fremføringsretten.

¹⁸⁴ Domspremiss 94

¹⁸⁵ Domspremiss 95

¹⁸⁶ Domspremiss 98

¹⁸⁷ Domspremiss 102

¹⁸⁸ <http://www.ballade.no/nmi.nsf/doc/art2012032615455315692378>

5.2.5 Bakgrunn for ulike konklusjoner vedrørende offentlighetsspørsmålet for EU-domstolen i Tannlegedommen og Rafael Hotelsdommen

I disse dommene ble avspilling av verk på tannlegekontor ikke ansett som offentlig fremføring, mens avspilling på hotellrom ble ansett som offentlig fremføring. Bakgrunnen for ulike konklusjoner i disse sakene analyserer jeg i tre ulike forhold.

For det første legger EU-domstolen særlig vekt på om verkene får et nytt publikum. På et tannlegekontor utgjør som regel pasientene en jevn og stabil gruppe, og det er klart at tannlegen ikke vil tiltrekke seg flere gjester som følge av bakgrunnsmusikken på venteværelset. På hotell vil derimot stadig nye gjester strømme til.

For det annet ser domstolen ut til å legge vekt på den økonomiske betydningen for den som tilbyr fremføringen. For hotellgjester kan det å kunne se på tv og film være en del av det som ønskes å betale for. Et bredt tv-tilbud kan medføre at hotelleieren kan ta høyere betaling da det medfører en høyere standard. Det er dermed utvilsomt at publikum ikke strømmer til et tannlegekontor for å høre på musikk og anser det som en del av formålet ved tannlegebesøket.

For det tredje ser domstolen ut til å legge vekt på størrelsen på publikumsmassen som får tilgang på verkene. På et tannlegekontor er det sjeldent veldig mange mennesker på venteværelset til enhver tid, mens et hotell kan ha mange gjester.

Det fremgår av infosocdirektivets forale avsnitt 27 at det å stille utstyr til disposisjon ikke i seg selv anses for å gjøre et verk tilgjengelig.¹⁸⁹ Resultatet av Rafael Hotels dommen er at det å gjøre det mulig for andre å skaffe seg tilgang til et verk som andre har gjort tilgjengelig er å anse som offentlig fremføring. Dette skaper i min mening en gråsoner hvor det er uklart for hvor grensene går for hva som anses som fremføring. Jeg mener at en slik gråso-

¹⁸⁹ EU direktiv 2001/29

ne i stor grad kan medføre at hvorvidt en handling skal anses som offentlig fremføring blir opp til synsing og skjønn.

5.3 Internasjonale synspunkter på skillet mellom offentlig og privat fremføring

Sherman og Bently omtaler Rafael Hotelsdommen og hevder at "the right was to be interpreted broadly".¹⁹⁰ I Rafael Hotels dommen viser domstolen til det som ble sagt om offentlighetsbegrepet i Lagarderesaken vedrørende Kabel og satelittdirektivet om at "to an indeterminate number of potential viewers". Sherman og Bentley hevder videre at økonomiske fordeler klart er en relevant faktor, men antagelig ikke et nødvendig vilkår for at noe skal anses som offentlig fremføring.

I samme bok hevder forfatterne at det er mange grensetilfeller som kommer opp når grensene for om en fremførelse er "offentlig" skal vurderes. De hevder at over tid har tre ulike teser vært brukt av rettspraksis for å vurdere hvorvidt fremføringen er offentlig.¹⁹¹

Den første går ut på å analysere publikummets karakter. Her er grensen dratt mellom folk som har et personlig bånd med hverandre på den ene side, og allmennheten på den andre. Den andre testen går ut på hvorvidt fremføringen er økonomisk motivert. Dersom den som fremfører har et ønske om å tjene penger på dette, er det ofte å anse som offentlig. Den siste testen omhandler opphavsmannens monopol. Etter denne testen er fremføringen offentlig dersom den "is made to or before the copyright owner's public".

Denne redegjørelsen av offentlig fremføring etter britisk rett gir ikke noe annet bilde av hva som anses som offentlig fremføring etter nordisk rett. Dette har nok bakgrunn i EU-direktiv og samarbeid på opphavsrettens område.

¹⁹⁰ Sherman, Bentley, Intellectual property law 3th edition (2009), s. 152

¹⁹¹ Sherman, Bentley, Intellectual property law 3th edition (2009), s 147

6 Avslutning

Denne oppgaven har forsøkt å gi en redegjørelse for hva som anses som offentlig fremføring etter norsk rett. Internasjonale kilder har vært relevante for å se på rekkevidden av den norske fremføringsretten. Oppgaven viser at fremføringsretten har vært gjenstand for ekspansiv tolkning de siste årene, særlig i EU domstolen. Fremføringsretten er tolket svært vidt, og tilfeller som i dagligtalen ikke kan tenkes å bli ansett som fremføring viser seg ofte å bli vurdert som dette. Grensene hva som skal anses som offentlig fremføring er fortsatt uklare, men oppgaven har forsøkt å gi visse retningslinjer.

Oppgaven forsøker å gi svar på noen av de problemstillingene som ble reist i det praktiske eksempelet. Fremføringsretten er, som illustrert i oppgaven, kompleks og uklar på mange områder. Per kan ikke laste opp videoen på Youtube uten Kurts samtykke. Enhver fremføring er omfattet av Kurts enerett, siden fremføringsretten ikke konsumeres. Hvorvidt fotballfrøken kan legge ut linke til Youtubeklippet er derimot uklart. Hvorvidt linking i det hele tatt skal anses som fremføring er usikkert i norsk rett. Siden bloggen har så få lesere kan det også spørres om bloggen er offentlig. Siden den ligger på internett og andre enn familie og venner kan gå inn på den, vil den nok anses som offentlig. Det at det rent faktisk sett ikke er andre enn familie og venner som leser bloggen, er ikke avgjørende. Det avgjørende er at allmennheten har potensiell adgang. Sigurds tilfelle er også uklart. Dersom retten hadde valgt å følge argumentasjonen i Piratkortdommen ville antagelig det å legge ut opptaket på hotellrommenes on-demand-tjeneste ikke være tilstrekkelig umiddelbart for å kunne anses som offentlig fremføring. Dersom utviklingen i EU blir fulgt i Norge er det ganske klart at tilfellet hadde blitt rammet, og at tilfellet hadde vært å anse som offentlig fremføring. For tvisten med tannlegen Bernard vil også konklusjonen bero på hvorvidt EU-utviklingen blir fulgt. Trolig vil musikkavspillingen anses som fremføring, men ikke som offentlig etter EU-retten. Bakgrunnen for en slik konklusjon er at Bernard ikke kan forvente en økning i pasienter som følge av musikkavspillingen og dermed ikke får noen økono-

misk fortjeneste grunnet dette. Dessuten utgjør pasientgruppen en stabil og forholdsvis liten masse.

7 Register

7.1 Norske kilder

7.1.1 Lover

- Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) av 27.11.1992 nr. 109
- Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12.mai.1961 nr. 2
- Lov om avgift for utøvende kunstnere av 14.des 1956 nr 4. (opphevet)
- Lov om adgang til å gi dramatiske og andre offentlige forestillinger av Lov av 22.mai.1875 (opphevet)
- Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814

7.1.2 Forarbeider

Innst. O XI 1960-61

Prop. 65 L (2012-2013)*

Ot. Prp nr. 46 (2004-2005)

Ot.prp.nr.4 (1994-95)

Ot. Prp nr. 33 (1989-90)

Ot.prp.nr.26 (1959-60)

NOU 1986. 18 s. 20-21

NOU 1983. 35

St.mld nr. 26 (2003-2004)

NUT 1950-1, Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunsteriske verk, Oslo 24.februar 1939

7.1.3 Rettspraksis

Rt. 2012 s. 1062

Rt. 2005 s. 41

Rt. 2001 s. 391

Rt. 1997 s.1954

Rt. 1995 s. 35

Rt. 1970 s. 1172

Rt. 1964 s. 782

Rt. 1953 s. 633

Rt. 1929 s. 337

RG. 2008 s. 193

LG.1994 s. 1093

TAHER-2012-73209

7.2 Nordiske kilder

7.2.1 Lover

Ophavsretsloven av 27.februar.2010 nr. 202

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

7.2.2 Forarbeider

SOU: 1956:25 s. 93

7.2.3 Rettpraksis

NJA 2000 s. 292

NJA 1986 s 702

NJA 1980 s. 123

Mål B 6731-00

U2009.1930 H

U2001/1572

U.1999. 2057 (Ø)

UfR 2004 s. 2134

UfR 1999 s. 2011

RH 2009:39

Finsk Høyesterettsdom 2002/101, 03.12.2002

Finsk Høyesterettsdom 2000/748, 15.03.2002

7.3 Rettspraksis fra EU-domstolen

EU-dom C-135/10

EU dom C-306/05

7.4 Annen europeisk rettspraksis

GRUR 2003/958, Dom av Bundesgerichtshof 17.07.03, Engelsk resymé: IIC 2004 s. 1097

7.5 Direktiver

Direktiv 28/2012 EU

Endringsdirektiv 77/2011 EU

Direktiv 2009/24/EC

Direktiv 2006/115

Direktiv 29/2001 av 2.mai.2001

Direktiv 93/83/EØF av 27. september 1993

7.6 Traktater

WIPO Copyright Treaty av 20.desember 1996

WIPO Performances and Phonograms Treaty av 20.desember 1996

Treaty of European Union av 7. februar 1992

EØS-avtalen av 2.mai 1992

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunsteriske verk av 9.september 1886

7.7 Bøker og artikler

Forfatter

Bently, Lionel m.fl

Bing, Jon

Bing, Jon

Bruun, Niklas

Eckhoff, Torstein m.l

Eskeland, Ståle

Gundersen, Aase m.fl

Knoph, Ragnar

Levin, Marianne

Lindberg, Agne m.fl

Lund, Astri M.

Norrgård, Marcus

Olsson, Henry

Olsson, Henry

Rognstad, Ole Andreas

Rognstad, Ole Andreas

Rui, Jens Petter

Schovsbo, Jens m.fl

Schønning, Peter

Schønning, Peter

Tittel

Intellectual Property Law 3th editon, 2009

Opphavsretten og dens avgresning i et mulig eksemplarløst samfunn – databaser og terminaler, NIR 1984-3

Opphavsretten og ny informasjonsteknologi, NIR 1995-4

Begrepet offentlig framförande, NIR-2001-4 s.624

Rettskildelære, 2001

Strafferett 2.utgave, 2006

Aktuell Immaterialrett, 2008

Åndsretten, 1936

Lärobok i immaterialrett 10. opplag, 2011

Praktisk IT-rätt 3. opplag, 2001

Begrepet Offentlig fremførelse, NIR 2001-4

Ur finsk Rettspraksis, NIR 2002-4

Copyright 8. utg, 2009

Upphovsrättslagstiftningen, En Kommentar 2009

Opphavsrett, 2009

Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett NIR 2005-4

Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale avgjørelser? Rættferd Årgang 32 2009 nr 3/126 s.107

Immaterialrett, 2.utgave (2011)

Ophavsrettens grundbegreper, NIR 2003-6

Ophavsretsloven med kommentarer 5. utga-

	ve (2011)
Sejersted, Fredrik m.fl	EØS-rett 3 utgave, 2011
Torvund, Olav	Enerett til lenking – en keiser uten klær, NIR 2008-5
Vyrje, Magnus Stray	Opphavsrettens ABC, 1987
Westman, Daniel	Länking som upphovsrättslig överföring til allmänheten? SvJT 2012
Ødegaard, Magnus m.fl	Opphavsrett i en digital verden, 1997

7.8 Nettsider

http://jura.karnovgroup.dk/document/7000430225/1?frt=U2001%2F1572&versid=197-1-2001#LBKG2010202_NKARO
http://www.dagbladet.no/2012/02/01/kultur/data_og_teknologi/the_pirate_bay/fildeling/tekno/20033568/
<http://www.aftenposten.no/kultur/article3030774.ece#.UWan-5OeNu8>
<http://articles.latimes.com/2009/apr/18/opinion/ed-pirate18>
<http://www.telegraph.co.uk/technology/news/9236667/Pirate-Bay-must-be-blocked-High-Court-tells-ISPs.html>
<http://www.aftonbladet.se/nyheter/article11665476.ab>
<http://www.guardian.co.uk/technology/2009/feb/16/pirate-bay>
<http://www.ballade.no/nmi.nsf/doc/art2012032615455315692378>
<http://www.itavisen.no/nyheter/ny-ndsverklov-vedtatt-60271>
<http://www.stemvenstre.no/>